HENRIQUE LENON FARIAS GUEDES

NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA E ARBITRAGEM TRABALHISTA

entre pluralismo e transnacionalidade

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2021

HENRIQUE LENON FARIAS GUEDES

Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista: entre pluralismo e transnacionalidade

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2021

Catalogação na Publicação

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Farias Guedes, Henrique Lenon

Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista: entre pluralismo e transnacionalidade / Henrique Lenon Farias Guedes; orientador Gustavo Ferraz de Campos Monaco. -- São Paulo, 2021.

207p.

Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

1. Direito Internacional Privado. 2. Arbitragem Transnacional. 3. Direito do Trabalho. I. Monaco, Gustavo Ferraz de Campos, orient. II. Título.

FOLHA DE APROVAÇÃO

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon

Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista: entre pluralismo e transnacionalidade

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

Aprovado em: _____ / ____ / _____

Banca Examinadora

Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	

Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	

Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	

Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	

Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	

Rendendo sempre graças ao Altíssimo - - - - - -

À professora doutora *Célia Maria de Farias*,
pelo exemplo de que, para que algo seja
bom, é preciso haver uma primeira,
pelo caminho que nunca se acaba,
entre tropeiros e bandeirantes,
dedico esta.

RECONHECIMENTOS

Descobri a fatalidade do acaso,
e não existe nisso contradição.
Clarice Lispector

Buscando os pontos finais da tese e observando a estrada ali, à frente, sou muito grato:

Ao *Pai Eterno* e às minhas *famílias*, por, conhecendo-me desde o princípio, formarem-me para o futuro, ao *meu pai*, de quem não me esqueço em nem um só dia, à *minha mãe*, fonte do meu caráter, às *minhas irmãs* e aos *meus sobrinhos*.

A *Thiago*, cujo apoio, carinho e compreensão estão presentes em cada página.

Aos *meus amigos*, que nunca ficaram pelo caminho.

Ao Professor Titular Doutor *Gustavo Ferraz de Campos Monaco*, por me inspirar com sua prolífica competência, por me acolher com admirável profissionalismo e por me guiar nas árduas veredas do Direito Internacional Privado.

A *Marcílio Toscano Franca Filho*, que sabe despertar o melhor de seus alunos, a *Alfredo Rangel*, a *Arnaldo Amaral*, a *Marcelo Weick*, a *Rodrigo Toscano* e a *Solon Benevides*, pelo recorrente apoio, e, com eles, aos demais professores cuja dedicada voz a boa educação paraibana ainda faz ecoar em minhas reflexões.

Aos mestres que conheci na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em especial, a *Estêvão Mallet* e a *Flávia Mange*, que participaram da banca de qualificação e ali me proveram indicações preciosas.

A *Giesela Rühl*, a *Francisco Javier Zamora Cabot*, a *Katerina Yiannibas* e a *Lance Compa*, pela atenciosa correspondência sobre alguns dos temas deste trabalho.

A *Marcelo Justus*, pelas oportunidades de desenvolver análise econômica do direito internacional na Unicamp.

A todos os que acreditaram nos potenciais frutos de minha formação e garantiram os incentivos necessários, na Paraíba e em São Paulo – muito especialmente, a *Ana Flávia Pereira*, a *Rodrigo Nóbrega Farias* e a *Luciano Benetti Timm*.

À cortesia dos apoios altruístas e à solicitude dos sorrisos sinceros, que, em meio a aço e a antenas, são espelho cristalino.

No princípio, era a lei do patrão; hoje, é a lei do Estado; no futuro, será a lei *das partes.*

Georges Scelle

A tutela da lei *cessa ante a liberdade individual, de que brotam as energias perenes da* verdadeira *personalidade.*

Egon Felix Gottschalk

A verdadeira *soberania do indivíduo é não ser parte da massa*.

Mario Vargas Llosa

RESUMO

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista*: entre pluralismo e transnacionalidade. 2021. 207p. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

O tema desta pesquisa é a lei aplicável ao mérito da arbitragem trabalhista com elementos estrangeiros, tendo, como problema, a determinação das normas brasileiras de aplicação imediata. Considerando que o direito do trabalho tem uma normatividade híbrida, dependendo tanto da produção legislativa estatal quanto da atividade normativa dos sindicatos, a hipótese é: o padrão normativo de aplicação imediata, em matéria trabalhista, deve ter critério pluralista, integrando regulamentos públicos e privados, ou melhor, produzidos pelo Estado, pelo sindicato e pelas empresas, de modo que as normas de aplicação imediata se encontrariam no direito transnacional. A pesquisa se insere em debates muito recentes na Academia e na sociedade civil estrangeiras, que tem proposto cláusulas e regras modelos para arbitragem nas cadeias produtivas; por outro lado, temas específicos de direito do trabalho não têm encontrado ressonância na doutrina brasileira de DIP, o que reforça a justificativa e a pertinência da pesquisa. Nesse sentido, a contribuição à ciência brasileira pretende-se original na articulação do marco teórico utilizado, a análise econômica do direito, ainda pouco explorada nos estudos brasileiros de direito internacional, com o ambiente decisório especial da arbitragem. A pesquisa será bibliográfica, normativa, jurisprudencial e documental, com uso do método hipotético-dedutivo. Para tanto, a tese é dividida em cinco capítulos. O primeiro oferece um resgate histórico da ideia de arbitragem comercial, opondo-o à evolução do direito internacional do trabalho e identificando uma dificuldade apriorística de se aproveitarem os conceitos da primeira na aplicação do segundo, especialmente diante de tratados de direitos humanos. O segundo identifica, na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, que essa incompatibilidade é processada com razões que parecem equivocadas, isto é, com o uso hiperbólico ou inadequado dos conceitos de "publicização" e de "ordem pública". O terceiro, portanto, identifica a potencial conveniência do conceito de normas de aplicação imediata, supostamente protetivo do trabalhador, mas o questiona no contexto de uma análise econômica do direito internacional, isto é, verifica sua sustentação à luz dos incentivos institucionais à captura dos fins do direito pelos Estados, ainda que estes sejam partes de tratados de direitos humanos. Funda-se, assim, um ceticismo quanto à qualificação de preceitos da legislação trabalhista nacional como normas de aplicação imediata. Ciente dessa limitação, o quarto tenta identificar as normas nacionais que verdadeiramente se deveriam aplicar, de forma imediata, ao mérito de uma disputa trabalhista "plurilocalizada", com atenção transcultural à Convenção 169 da OIT. Estabelecidos os parâmetros do direito brasileiro, o quinto revisita a doutrina de Georges Scelle, para compreender a arbitragem como "desdobramento funcional" do direito internacional do trabalho e nela indicar um caminho mais adequado: as normas de aplicação imediata se encontrariam diretamente no regime transnacional do direito do trabalho. Assim, além da justificativa econômica para o afastamento de normas de aplicação imediata, especificamente nacionais, destaca-se uma proposta jurídica de reaproveitamento operacional desse conceito. O capítulo final faz a distinção entre os tipos de arbitragem que se relacionam com o direito da OIT (normativa) e com o direito transnacional (positiva).

Palavras-chaves: Normas de aplicação imediata. Ordem pública. Arbitragem trabalhista. Pluralismo jurídico. Direito transnacional.

ABSTRACT

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista*: entre pluralismo e transnacionalidade [*Overriding mandatory provisions and labour arbitration*: between pluralism and transnationality]. 2021. 207p. Thesis (Doctorate in Law)-University of São Paulo, São Paulo, 2021.

This research's theme is the law applicable to the merits of a labour arbitration involving foreign elements; its problem is to determine Brazilian overriding mandatory provisions. Considering that labour law has a hybrid normativity, depending upon both State and union normative production, the hypothesis is: the overriding normative standard, in labour issues, must have a pluralistic criterion, integrating public and private ruling, that is, produced by the State, unions and companies, in a way that overriding mandatory provisions are to be found in transnational law. The research belongs to a broader and recent discussion in foreign academic and civil society debates in which arbitration clauses and rules have been suggested for supply chains; on the other hand, specific labour issues have not resonated in Brazilian private international law scholarship, which reinforces the justification and relevance of this research. The contribution of this thesis to Brazilian legal science intends to be original as it articulates economic analysis of law, still underexplored in Brazilian international law scholarship, with arbitration's unique decision environment. The research is bibliographical, normative, jurisprudential and documental, using hypothetico-deductive method. To do so, the thesis is divided in five chapters. The first offers a historical panorama on the idea of commercial arbitration, opposing it to the evolution of international labour law and identifying an "a priori" difficulty in using the former's concepts in the latter's practice, especially with regard to human rights treaties. The second chapter demonstrates that labour scholarship and jurisprudence processes such incompatibility with wrong reasons, using hyperbolically or inaccurately the concepts of "publicization" and "public policy". The third chapter identifies the possible opportunity for using the concept of overriding mandatory provisions, supposedly a protective instance of workers, but questions this assumption under an economic analysis of international law, as it studies the institutional incentives that States have to capture the objectives of law, even if they are part to human rights treaties. A skepticism with the use of national labour legislation as mandatory is established, and under this limitations the fourth chapter tries to identify Brazilian legislation that should actually be applied as overriding to the merits of a multilocational dispute, with a transcultural reference to ILO Convention 169. After such statement about Brazilian law, the fifth chapter revisits Georges Scelle's theory to apprehend arbitration as a role-splitting of international labour law and so indicate a possible proper answer: overriding mandatory provisions are to be found directly in the transnational labour regime. Therefore, besides the economic justifications for not applying national provisions, there is a legal proposal for using such concept. The final chapter distinguishes the types of arbitration that relate to international law (normative) and transnational law (positive).

Keywords: Overriding mandatory provisions. Public policy. Labour arbitration. Legal pluralism. Transnational Law.

RESUMÉ

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Normas de aplicação imediata e arbitragem trabalhista*: entre pluralismo e transnacionalidade [*Lois d'application immédiate et arbitrage du travail: entre pluralisme et transnationalité*]. 2021. 207p. Thèse (Doctorat en Droit)-Université de São Paulo, São Paulo, 2021.

Cette thèse recherche la loi applicable au mérite de l'arbitrage du travail avec des éléments étrangers, ayant pour problème la détermination des lois brésiliennes d'application immédiate. Considérant que le droit du travail a une normativité hybride, dépendant de la production législative de l'État et de l'activité normative des syndicats, l'hypothèse est: le standard normatif d'application immédiate, en matière de travail, doit avoir un critère pluraliste, intégrant les réglementations publiques et privées, ou plutôt, produit par l'Etat, le syndicat et les entreprises, de sorte que les lois d'application immédiate se retrouvent dans le droit transnational. La recherche s'inscrit dans le cadre de débats très récents à l'Académie et dans la société civile étrangère, qui a proposé des clauses et des règles modèles d'arbitrage dans les chaînes de production; en revanche, les questions spécifiques du droit du travail n'ont pas trouvé de résonance dans la doctrine brésilienne du DIP, ce qui renforce la justification et la pertinence de la recherche. En ce sens, la contribution à la science brésilienne se veut originale dans l'articulation du cadre théorique utilisé, l'analyse économique du droit, encore peu explorée dans les études brésiliennes de droit international, avec l'environnement décisionnel unique de l'arbitrage. La recherche sera bibliographique, normative, jurisprudentielle et documentaire, en utilisant la méthode hypothético-déductive. Donc, la thèse est divisée en cinq chapitres. Le premier propose un sauvetage historique de l'idée d'arbitrage commercial, l'opposant à l'évolution du droit international du travail et identifiant une difficulté « a priori » à tirer parti des concepts du premier pour appliquer le second, notamment face aux traités des droits de l'homme. La seconde identifie, dans la doctrine et la jurisprudence du travail, que cette incompatibilité est traitée pour des raisons qui semblent erronées, c'est-à-dire avec l'utilisation hyperbolique ou inappropriée des notions de droit du travail comme droit public et d'« ordre public ». La troisième identifie donc la convenience potentielle du concept de lois d'application immédiate, soi-disant protectrices du travailleur, mais l'interroge dans le cadre d'une analyse économique du droit international, c'est-à-dire vérifie son soutien à la lumière des incitations institutionnelles à saisir les fins du droit par les États, même s'ils sont parties à des traités relatifs aux droits de l'homme. Ainsi, le scepticisme repose sur la qualification des préceptes de la législation nationale du travail comme lois d'application immédiate. Ciente de cette limitation, la quatrième tente d'identifier les normes nationales qui devraient vraiment s'appliquer, immédiatement, au mérite d'un conflit du travail « plurilocalisé », avec une référence transculturelle à la Convention 169 de l'OIT. Ayant établi les paramètres du droit brésilien, le cinquième revisite la doctrine de Georges Scelle, pour comprendre l'arbitrage comme un « dédoublement fonctionnel » du droit international du travail et pour indiquer une voie plus appropriée: les lois d'application immédiate se trouveraient directement dans le régime transnational du droit du travail. Ainsi, en plus de la justification économique de s'écarter des règles immédiatement applicables au niveau national, se démarque une proposition juridique de réutilisation opérationnelle de ce concept . Le dernier chapitre fait une distinction entre les types d'arbitrage liés au droit de l'OIT (normatif) et au droit transnational (positif).

Mot-clés: Lois d'application immédiate. Ordre public. Arbitrage du travail. Pluralisme juridique. Droit transnational.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – “The Making of a Fresco, Showing the Building of a City”, Diego Rivera.....…….…….....……p. 14

Figura 2 – “The Sampling Officials of the Amsterdam Drapers’ Guild, Known as ‘The Syndics’”, Rembrandt van Rijn.....…….....p. 23

Figura 3 – “Alegoria do Bem-Estar Público”, Jan Brueghel, o Velho, e Hendrick van Balen.....……..…….p. 107

Figura 4 – “Lord Clive meeting with Mir Jafar after the Battle of Plassey”, Francis Hayman.....p. 161

Figura 5 – “Unión de la Expresión Artistica del Norte y Sur de este Continente (Pan American Unity)”, Diego Rivera.....p. 172

Figura 6 – “Black Square”, Kazimir Malevich.....p. 179

Figura 7 – “Esfinge alada do Palácio de Dário em Susa”.....p. 180

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT – acordo coletivo de trabalho

ADI – ação direta de inconstitucionalidade

AED – análise econômica do direito

AgR – agravo regimental

ARE – agravo em recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal

C – Convenção da Organização Internacional do Trabalho

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

CAM-CCBC – Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá

CAS – Court of Arbitration for Sport (Tribunal Arbitral do Esporte)

CBF – Confederação Brasileira de Futebol

CC-1850 – Código Comercial (Lei n° 556, de 25 de junho de 1850)

CC-1916 – Código Civil de 1916 (Lei Federal n° 3.071, de 1º de janeiro de 1916)

CC-2002 – Código Civil de 2002 (Lei Federal n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

CCP – Comissões de Conciliação Prévia

CCT – convenção coletiva de trabalho

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n° 8.078, de 11 de setembro de 1990)

CI-1824 – Constituição do Império do Brasil

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CISG – Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Decreto Presidencial n° 8.327, de 16 de outubro de 2014)

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n° 5.452, de 1º de maio de 1943)

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNY-1958 – Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, feita em Nova York, em 10 de junho de 1958

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CPC-1973 – Código de Processo Civil (Lei Federal n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

CPC-2015 – Código de Processo Civil (Lei Federal n° 13.105, de 16 de março de 2015)

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941)

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CVDT – Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (Decreto Presidencial n° 7.030/2009)

DEJT – Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho

Des. – Desembargador (a)

DIP – direito internacional privado

DJ – Diário da Justiça

DJe – Diário da Justiça eletrônico

ED – embargos de declaração

E-RR – embargos de divergência

FAO – Organizaçãodas Nações Unidas Para Alimentação e Agricultura

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

FIFA – Fédération Internationale de Football Association

GATS – Acordo Geral Sobre Comércio de Serviços de 1995

GATT-1994 – Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio de 1994

HC – "Habeas Corpus"

HCCH – Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (Corporação da Internet Para Atribuição de Nomes e Números)

ICC – Câmara de Comércio Internacional (Paris)

ICSID – International Centre for the Settlement of Investment Disputes (Centro Internacional Para a Solução de Disputas de Investimentos)

IEC – Comissão Eletrotécnica Internacional

ISO – Organização Internacional de Normalização

ITLOS – Tribunal Internacional Para o Direito do Mar

LBA – Lei Brasileira de Arbitragem (Lei Federal n° 9.307, de 23 de setembro de 1996)

LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados

MC – Medida Cautelar

Mercosul – Mercado Comum do Sul

Min. – Ministro (a)

MP – Medida Provisória

MPT – Ministério Público do Trabalho

NR – Norma Regulamentadora

OEA – Organização dos Estados Americanos

OGMO – órgão gestor de mão de obra

OIML – Organização Internacional de Metrologia Legal

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMI – Organização Marítima Internacional

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

PCA – Permanent Court of Arbitration (Corte Permanente de Arbitragem)

PG-1923 – Protocolo de Genebra Sobre Cláusulas Arbitrais de 24 de setembro de 1923

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

PR – Estado do Paraná

Rcl – reclamação

RE – recurso extraordinário de competência do Supremo Tribunal Federal

Ref – referendo

Rel. – relator (a)

REsp – recurso especial de competência do Superior Tribunal de Justiça

RGPS – Regime Geral de Previdência Social

RO – recurso ordinário

RODC – recurso ordinário em dissídio coletivo

RR – recurso de revista de competência do Tribunal Superior do Trabalho

RS – Estado do Rio Grande do Sul

SbDI-I – Subseção I de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho

SbDI-II – Subseção II de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho

SDC – Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho

SP – Estado de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TBI – Tratado bilateral de encorajamento e proteção de investimentos

TFUE – Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPR – Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul

TRT-1 – Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região

TRT-2 – Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região

TST – Tribunal Superior do Trabalho

UE – União Europeia

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

UIT – União Internacional de Telecomunicações

UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas Sobre Direito do Comércio Internacional

UNIDROIT – Instituto Internacional Para a Unificação do Direito Privado

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

Introdução 13

1 Arbitragem entre comércio e trabalho 23

1.1 A genética comercialista da arbitragem contemporânea 24

1.1.1 A ideia da arbitragem 28

1.1.2 A arbitragem no Brasil 32

1.2 A inserção da arbitragem nas relações de trabalho 36

1.2.1 A persistência da arbitragem nas relações coletivas 36

1.2.2 Potenciais problemas na arbitragem de direito do trabalho 41

2 A inserção dos direitos trabalhistas na arbitragem 53

2.1 "Business and Human Rights": um caminho para a arbitragem trabalhista? 53

2.1.1 Responsabilidade corporativa e direitos humanos 53

2.1.2 Direito do trabalho entre hesitação e exclusão 61

2.2 A resistência à disposição dos direitos 65

2.2.1 "Publicização" e o lugar do direito administrativo do trabalho 66

2.2.2 A invocação da ordem pública no direito do trabalho 72

3 Uma resposta do DIP: normas de aplicação imediata 83

3.1 Elementos conceituais 83

3.1.1 Aplicação imediata em DIP 84

3.1.2 Do foro ao árbitro 90

3.2 Análise econômica do direito internacional 97

3.2.1 Bases para análise 97

3.2.2 O caso dos tratados de direitos humanos 102

4 Aplicação imediata em direito do trabalho 117

4.1 A lei aplicável no direito brasileiro 117

4.1.1 As propostas doutrinárias 118

4.1.2 Contribuições de direito positivo 126
4.2 Direito do trabalho transnacionalmente imperativo 131
4.2.1 Bases para análise 131
4.2.2 Síntese 149
5 Aplicação imediata em arbitragem trabalhista 152
5.1 Arbitragem normativa e desdobramento funcional 152
5.1.1 A teoria 153
5.1.2 A aplicação 155
5.2 Arbitragem positiva e direito transnacional 161
5.2.1 Fundamentos transdisciplinares 162
5.2.2 “Lex mercatoria, lex laboralis” 174
Conclusão 182
Referências 186

INTRODUÇÃO

Em 1931, enquanto o mundo caminhava, com desassombro e certa pompa, rumo a uma catástrofe bélica maior que todas as anteriores, Diego Rivera, já então renomado pintor mexicano, foi contratado por investidores californianos, para pintar um mural em uma escola de arte de São Francisco. À época, conceitos que hoje soam fortes no direito brasileiro, como a socialização, ainda motivavam debates, e a simples proteção ao trabalhador, atualmente tinta mansa em Constituições e em tratados de direitos humanos, ainda era considerada uma coruscante novidade em torno da "questão social".[1] Nesse contexto, Rivera vinha de um país que, apenas catorze anos antes, fizera uma revolução capaz de fixar, em assento constitucional, alguns dos mais básicos direitos trabalhistas, que seriam replicados, na sequência, por outros países latino-americanos e nas primeiras convenções da OIT.[2] O resultado daquele trabalho – o artístico, e não o jurídico – está na Figura 1, a seguir.

---

[1] Sobre o ambiente político que motivou a criação do direito do trabalho, cf. SCELLE, Georges. *Le droit ouvrier*. 2. ed. Paris: Librairie Armand Colin, 1929, p. 8 ss. O historiador Pedro Calmon relata que a questão social somente entrou na pauta das eleições presidenciais brasileiras, em 1919, quando Rui Barbosa – que sucumbiria, no sufrágio, para Epitácio Pessoa – afastou-se, segundo Calmon, de seu liberalismo original. Apesar da defesa da constitucionalização dos direitos trabalhistas por Barbosa, "a 'revisão' [*constitucional*], inviável àquela época, teria de fazer-se em 1930 por força das armas e não pelo prestígio da palavra" (CALMON, Pedro. *História do Brasil*, volume VI: século XX – a República e o desenvolvimento nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959, p. 2163). Assim foi o discurso do jurista baiano: "Eis por que motivos, senhores, grave desacerto me parece reduzir a boa causa operária a uma dependência essencial da sistematização socialista. Daí o não alistar-me eu no socialismo, professando, entretanto, ao mesmo tempo, como tenho professado, a mais sincera adesão ao movimento operário nos seus propósitos razoáveis, nas aspirações irrecusáveis, que encerra, em muitos dos seus artigos, o seu programa de ação. A concepção individualista dos direitos humanos tem evolvido rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade" (BARBOSA, Rui. *A questão social e política no Brasil*. Rio de Janeiro, 20 mar. 2019, p. 380. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a5.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020). Ao contrário do que foi exposto por Pedro Calmon – que, antes de afirmar que Rui Barbosa se afastara do liberalismo em 1919, entrevistou Evaristo de Moraes, colaborador na campanha presidencial do baiano –, Antonio Paim defende que não há incompatibilidade entre o liberalismo e a questão social, senão dentro da propaganda espalhada pelos "castilhistas" que chegaram ao poder em 1930; segundo Paim, os liberais, a partir dessa época, focaram sua luta política contra o autoritarismo de Vargas e de seus seguidores, deixando de defender a pauta social. Tendo o Governo Vargas adotado o reconhecimento de direitos trabalhistas como estratégia política, identificou-se com essa bandeira, a tal ponto, que os próprios liberais acabaram acreditando "que o sistema liberal seria elitista e infenso à elevação social das grandes massas" (PAIM, Antonio. *História do liberalismo brasileiro*. São Paulo: LVM, 2018, p. 223).

[2] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 14. A "Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o 'longo século XIX'; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de

Figura 1 – RIVERA, Diego. *The Making of a Fresco, Showing the Building of a City*. 1931. 1 original de arte. Acervo do San Francisco Art Institute (SFAI). Disponível em: https://uploads6.wikiart.org/images/diego-rivera/the-making-of-a-fresco-showing-the-building-of-a-city-1931.jpg!Large.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

Rivera, em cujas tintas o operário era figura assídua,[3] não pintou apenas o trabalhador, mas fez uma homenagem à sua arte – ou ao seu próprio ofício. A projeção que a pintura estabelece, isto é, o distanciamento que permite ao espectador é, de fato, incentivado pela postura que o artista se impôs no mural, a de observador da obra e de observado pelo público.[4] Essa lição do pintor mexicano dá o mote à presente tese, que não tem, como tema,

---

Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 190).

[3] "When he returned to his homeland in 1920, Rivera was a convinced Marxist but he was also a man who felt more and more thoroughly Mexican as his years in Europe wore to an end. His growing identification with peasants and industrial workers was strengthened on a study tour of Italy during which he gazed at the walls painted obviously for ordinary congregations of people. (…) Although the impact of Europe and ideology may account significantly for Rivera's thirst to create monumental art, one must recognize also a strong cultural component" (SCOTT, Robert L. Diego Rivera at Rockefeller center: Fresco painting and rhetoric. *Western Journal of Speech Communication*, v. 41, n. 2, p. 70-82, 1977, p. 70-71).

[4] "It was here that I showed how a mural is actually painted: the tiered scaffold, the assistants plastering, sketching, and painting; myself resting at midpoint; and the actual mural subject, a worker whose hand is turning

meramente o trabalhador, mas pretende identificar nuanças na dinâmica evolução do seu meio. Não é, em rigor, focada no empregado do pátio da fábrica, cujo solitário protagonismo Rivera recusou; é, na verdade, dedicada à profunda mudança que, assim àquela época como hoje, continua a não ser todo percebida pelo direito: o trabalhador não é uma pintura estanque de um Estado só, antes se inserindo em múltiplas relações na empresa e em diversas sociedades nacionais e subnacionais. Para ir além dos vários quadros da Figura 1, poder-se-ia invocar a contemporânea preocupação com as "supply chains", ou cadeias produtivas transnacionais, que, embora caracterizadas por um difuso e diverso "ecossistema contratual",[5] padecem de um vazio regulatório,[6] apesar do ambicioso projeto[7] de direito internacional do trabalho, carreado, desde 1919, pela OIT.[8]

Assim como um mural de Rivera,[9] esta tese elenca uma figura central do meio industrial – o direito do trabalho –, mas a observa na perspectiva de um painel que se pretende conglobante – o direito internacional privado. O ambiente em que a pesquisa, tal qual uma moldura para o pintor, aborda a incidência das normas trabalhistas é o da arbitragem, escolhido em virtude da autonomia do árbitro em relação aos Estados e ao incentivo à forma privada de solução de conflitos nos debates da OIT, na História do direito brasileiro e, entre

---

a valve so placed as to seem part of a mechanism of the building" (RIVERA, Diego; MARCH, Gladys. *My art, my life*: an autobiography. Nova York: Dover Publications, 1991 [*1960*], p. 108).

[5] RUGGIE, John Gerard. Multinationals as global institution: power, authority and relative autonomy. *Regulation & Governance*, v. 12, n. 3, p. 317-333, set./2018.

[6] "In a supply chain-based global business context where corporate actors are organised into separate legal persons incorporated in different States with varying human rights standards, the protection of human rights and the accountability of private actors for their abuse is a complex challenge" (YIANNIBAS, Katerina. The adaptability of international arbitration: reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 36, n. 3, p. 1-18, 2018, p. 2).

[7] É importante destacar que o direito internacional do trabalho – definido, em estudo pioneiro, como "cette partie du Droit international qui règle la situation juridique des ouvriers étrangers au point de vue des questions de travail" (RAYNAUD, Barthélemy. *Droit international ouvrier*. Paris: Arthur Rousseau, 1906, p. 5) – é razoavelmente anterior à fundação da OIT em 1919, de modo que, muito antes de ser direito internacional público, o direito internacional do trabalho era, na verdade, direito internacional privado. Barthélemy Raynaud, a propósito, insere o direito internacional privado como uma das causas de surgimento do direito internacional do trabalho ainda no século XIX (*Ibid.*, p. 7).

[8] "At the heart of the ILO's design is a global social contract, defined by international labour standards agreed by all countries for implementation within their borders (…) Globalized production and commodity chains, fuelled by transnational corporations (TNCs) as the principal global economic actors, 'dis-embed' national economies and labour markets from the home-country social and labour regulations. (…) The resulting 'transnational regulatory void' and powerful influences of cross-border phenomena and actors threaten the effectiveness of the global social contract". (DILLER, Janelle M. Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation: Experience of the International Labour Organization. *In*: BLACKETT, Adelle; TREBILCOCK, Anne. *Research Handbook on Transnational Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 329-342. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352039. Acesso em: 09 nov. 2020).

[9] "His [*Rivera's*] fresco paintings are usually historical panoramas, building a welter of diverse strands from the sides and below to an elevated central figure of future, Utopian transformation." (SCOTT, Robert L. Diego Rivera at Rockefeller center: Fresco painting and rhetoric. *Western Journal of Speech Communication*, v. 41, n. 2, p. 70-82, 1977, p. 71). Para Rivera, a técnica mesma do mural seria mais adequada a sociedades industriais (RIVERA, Diego; MARCH, Gladys. *My art, my life*: an autobiography. Nova York: Dover Publications, 1991 [*1960*], p. 105, "I was...mural art").

2019 e 2020, em iniciativas da sociedade civil concebidas no contexto das pesquisas sobre "Business and Human Rights", como as Regras da Haia Para Arbitragem Envolvendo Empresas e Direitos Humanos,[10] o Relatório Branco Para Arbitragem da Human Rights at Sea[11] e as Cláusulas Modelos de Arbitragem Para a Solução de Disputas de Acordos Executáveis de Marcas.[12] Na interseção entre direito internacional privado, direito do trabalho e arbitragem, o tema desta pesquisa é a lei aplicável ao mérito da arbitragem trabalhista com elementos estrangeiros.

Explicar a escolha do tema e sua relevância para o contemporâneo debate científico não prescinde de referências ao cenário acadêmico que antecedeu a tese ou ao cenário normativo e social que a recebe. Na doutrina brasileira, em verdade, o direito internacional privado do trabalho ressente-se de exploração recente ou completa; entre autores nacionais, o tema da qualificação[13] da relação trabalhista passa quase omisso, enquanto algumas das principais obras de referência em DIP sequer dedicam exame específico da disciplina.[14,15,16]

---

[10] No original, The Hague Rules for Business and Human Rights Arbitration.
[11] No original, White Paper.
[12] No original, Model Arbitration Clauses for the Resolution of Disputes Under Enforceable Brand Agreements.
[13] "[*E*]ntende-se por qualificação (...) o processo mental de conceituação e classificação de uma relação jurídica plurilocalizada e que não depende exclusivamente, como se verá, dos conceitos jurídicos vigentes em um ou em outro dos ordenamentos presentes. Por outras palavras, trata-se do ajuste da situação juridicamente relevante a uma das instituições normativamente construídas pelo legislador com a finalidade de dar-lhe jurídico enquadramento, porém partindo-se da *lex fori* e chegando-se a utilizar, muitas das vezes, de conceitos da *lex causae* (qualificação-subsunção)" (MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 79).
[14] Não abordaram o problema da qualificação da relação trabalhista, ao tratar do direito internacional privado do trabalho: CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 172-184; PEIXOTO, Abdul Sayol de Sá. *Problemas de direito internacional privado*. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 1966, p. 111-124; ROCHA, Osíris. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 218-220; TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, volume II. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 332-353; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume III: parte especial (fim). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 91-111. O problema também afeta, a propósito, GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 374-378.
[15] Não contêm tratamento específico do direito internacional privado do trabalho: BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*, v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977; DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018; GAMA E SILVA, Luís Antônio da. *As qualificações em direito internacional privado*. 1952. 258p. Monografia (Cátedra de Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1952; RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993; STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. O problema também afeta, a propósito, BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1982. Os comentários de Eduardo Espínola e filho se limitam ao Código Bustamante e se referem ao contrato de trabalho no contexto da "locação" de serviços, opção metodológica que deveria ter sido superada, há quase um século (ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. 2: arts. 7 a 9. 3. ed. Atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 448).
[16] O levantamento bibliográfico das duas notas de rodapé anteriores dispensou a análise de obras pioneiras no DIP brasileiro, como as de Lafayette Pereira, Pimenta Bueno, Carlos Augusto de Carvalho e Clóvis Beviláqua, porque, à época novecentista de seus estudos, o direito do trabalho sequer existia como disciplina.

É importante observar que a lei brasileira de DIP não possui dispositivo específico para as relações de trabalho, enquanto o Código Bustamante e a Lei Federal n° 7.064/1982, que trazem âmbitos restritos de aplicação, possuem discreta e oscilante aceitação jurisprudencial. É verdade que a imposição da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, atual LINDB, por Getúlio Vargas data de 1942, enquanto a primeira versão da Consolidação das Leis do Trabalho foi publicada no ano seguinte; é também certo, todavia, que as sucessivas reformas da legislação brasileira se omitiram sobre o tema.

Como iniciativas exaustivas sobre o conflito espacial de leis trabalhistas, produzidas por internacionalistas em língua portuguesa, é possível elencar produções de distinta lavra, porém de distante publicação: o estudo da professora gaúcha Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, cuja segunda edição foi publicada em 1979,[17] e a tese doutoral do professor da Universidade de Coimbra, Rui Manuel de Moura Ramos, publicada em 1991.[18]

Chegando a terceira década do século XXI, e celebrado o primeiro centenário da OIT, é tempo de repensar o direito internacional privado do trabalho à luz das evoluções sociais e das demandas normativas contemporâneas: à medida que os fluxos migratórios representam pautas delicadas na agenda das relações internacionais,[19] diversas jurisdições nacionais relatam dificuldades na solução de conflitos trabalhistas;[20] embora as diretrizes brasileiras atuais sobre direitos humanos em cadeias produtivas tenham a desestimulante característica da adesão voluntária, elas incentivam métodos de solução de disputas

---

[17] RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

[18] MOURA RAMOS, Rui Manuel de. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991. Apesar do relevo dessa obra para o debate proposto por esta tese, o autor não logrou acesso ao exemplar disponível no acervo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Devido à notória pandemia que se arrastou por boa parte dos meses dedicados à redação deste trabalho doutoral, a biblioteca da USP esteve fechada, e o pesquisador teve que restringir sua análise da contribuição do professor conimbricense a um estudo mais sintético, porém mais recente de sua autoria (MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166).

[19] "Os refugiados são pessoas sem Estado, mas num novo sentido: sua carência é elevada a um nível inteiramente novo pela inexistência, ou pela presença fantasma, de uma autoridade estatal à qual sua cidadania pudesse referir-se. (...) [*O*] lugar que poderiam chamar de 'definitivo' permanece para sempre inacessível" (BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos* [*Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*]. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007 [*id.*], p. 43-44).

[20] "The number of individual disputes arising from day-to-day workers' grievances or complaints has been rising across the world. The causes are complex, and vary across countries and regions. Common features include an increased range of individual rights protections; a decrease in trade union density and/or collective bargaining coverage; higher risks of termination of employment and unemployment; reduced job quality and security due to greater use of various contractual arrangements for employment and other forms of work; and increased inequality as a result of segmented labour markets. This greater complexity and diversity of individual disputes is reflected in the evolution of processes and mechanisms for preventing and resolving them" (EBISUI, Minawa; COONEY, Sean; FENWICK, Colin. Resolving individual labour disputes: A general introduction. *In*: EBISUI, Minawa; COONEY, Sean; FENWICK, Colin (Ed.) *Resolving Individual Labour Disputes*: a comparative overview. Genebra: ILO, 2016, p. 1).

alternativos ao Estado;[21] enquanto a reforma na CLT, em 2017, inseriu previsão de cláusula compromissória em contratos trabalhistas[22] sem restrição de setor econômico,[23] ela também celebrou a superioridade normativa de acordos e convenções coletivas em relação à lei,[24] exigindo nova reflexão sobre a imperatividade da legislação do trabalho.

É importante destacar que a contemporânea pandemia, ao invés de refrear ou mitigar os avanços observados, teve o efeito de antecipar ou acelerar tendências que ainda eram ensaiadas no cotidiano do trabalho humano. A deslocalização forçada do "home office" dificilmente será revertida aos padrões presenciais anteriores à disseminação mundial do Sars-CoV-2,[25] de modo que, cada vez mais, trabalhadores poderão prestar serviços globais remotamente, vinculando-se, por meio da Internet, a companhias que sequer possuem estabelecimentos físicos nos países de que os empregados são nacionais.[26]

Esta tese não pretende negar, pura e simplesmente, a arbitrabilidade da relação trabalhista, tampouco questionar a viabilidade da solução arbitral para os contratos de trabalho; ao contrário, vislumbra-se, na arbitragem, fértil e invulgar oportunidade para o amadurecimento da solução de disputas trabalhistas. Nesse sentido, enquanto a OIT continua incentivando mecanismos alternativos ao Estado, para solução de disputas, a exemplo da previsão contida na sua mais recente convenção, de 2019,[27] a PCA, na Haia, administrou,

---

[21] Trata-se do Decreto Presidencial n° 9.571/2018: "Art. 13. O Estado manterá mecanismos de denúncia e reparação judiciais e não judiciais existentes e seus obstáculos e lacunas legais, práticos e outros que possam dificultar o acesso aos mecanismos de reparação, de modo a produzir levantamento técnico sobre mecanismos estatais de reparação das violações de direitos humanos relacionadas com empresas, como: (...) IX - estimular amplamente o uso de mecanismos de mediação, de resolução ou de outros processos extrajudiciais e compatíveis com os direitos humanos". Considerando a facilidade de acesso à legislação na Internet, não se fará, nesta tese, a referência bibliográfica de direito positivo.

[22] Eis a redação do dispositivo celetista pertinente: "Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

[23] Anteriormente à reforma de 2017, a arbitragem trabalhista individual era tratada em legislação infraconstitucional, sob certas condições, para os setores desportivo e portuário, conforme será aprofundado no tópico 1.2.

[24] Trata-se de interpretação conjunta dos artigos 611-A, 611-B e 620 da CLT, na redação introduzida ou modificada pela Lei Federal n° 13.467/2017.

[25] INTERNATIONAL Labour Organization. *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond*: a practical guide. Genebra: International Labour Office, 2020; WHAT will be the new normal for offices? *The Economist*, 09 mai. 2020. Disponível em: https://www.economist.com/britain/2020/05/09/what-will-be-the-new-normal-for-offices. Acesso em: 09 nov. 2020.

[26] "Os elementos estrangeiros que internacionalizam a relação jurídica de emprego são, comumente, a nacionalidade do empregado, a nacionalidade do empregador, o lugar da sede da empresa, o local da prestação de serviços e o foro da celebração do contrato" (RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 93).

[27] Trata-se da Convenção 190, que prevê, no artigo 10: "Each Member shall take appropriate measures to: [...] (b) ensure easy access to appropriate and effective remedies and safe, fair and effective reporting and dispute resolution mechanisms and procedures in cases of violence and harassment in the world of work, such as: (i)

entre 2016 e 2018, dois procedimentos arbitrais entre empresas do mercado da moda e sindicatos, IndustriALL Global Union e UNI Global Union, os quais, embora sediados na Suíça, representavam interesses de trabalhadores de Bangladesh.[28] Esta pesquisa, portanto, parte do pressuposto de que é possível realizar arbitragem de direito do trabalho, sem, contudo, acatar, acriticamente, os parâmetros já existentes para arbitragens comerciais.[29] Para fins de delimitação do objeto de estudo, também se pressupõe que a relação trabalhista é instituição universalmente conhecida e que não há divergências sobre a qualificação para fins de arbitrabilidade, isto é, as partes que aderiram à convenção de arbitragem, para os fins desta pesquisa, não disputam que seu vínculo é uma relação de trabalho.

No contexto de arbitragem em cadeias produtivas transnacionais, a tese objetiva examinar se há um conteúdo mínimo de direito trabalhista a ser aplicado pelo Tribunal Arbitral. Imaginando um caso que contenha alguma conexão com o Brasil, ainda que apenas o hipotético cumprimento da decisão, elenca-se o seguinte problema: *quais são, se realmente existem, as normas que, no direito brasileiro, caracterizam-se como de aplicação imediata ao mérito da arbitragem trabalhista com elementos estrangeiros?*

Considerando que o direito do trabalho tem uma normatividade híbrida, dependendo tanto da produção legislativa estatal quanto da atividade normativa dos sindicatos, a hipótese é: o padrão normativo de aplicação imediata, em matéria trabalhista, deve ter critério pluralista, integrando regulamentos públicos e privados, ou melhor, produzidos pelo Estado, pelo sindicato e pelas empresas, de modo que as normas de aplicação imediata se encontrariam no direito transnacional.[30]

O capítulo inaugural da tese oferece um panorama histórico da ideia de arbitragem comercial, opondo-o à evolução do direito internacional do trabalho e identificando uma

---

complaint and investigation procedures, as well as, where appropriate, dispute resolution mechanisms at the workplace level; (ii) dispute resolution mechanisms external to the workplace; (iii) courts or tribunals; […]".

[28] A arbitragem foi conduzida conforme as Regras da UNCITRAL de 2010, sendo o Secretário-Geral da PCA a autoridade nomeadora. Após decisão de admissibilidade e durante a fase de instrução, as partes chegaram a um acordo, e os procedimentos foram encerrados (PERMANENT Court of Arbitration. *Annual Report 2018*. A Haia, 2018, p. 26-27).

[29] "Procedural rules can only go so far to provide solutions for challenges that ultimately must be solved by substantive law. On the other hand, developments in arbitral process have also illustrated that certain safeguards can be given to parties while relevant substantive law develops" (YIANNIBAS, Katerina. The adaptability of international arbitration: reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 36, n. 3, p. 1-18, 2018, p. 2).

[30] "[*U*]sarei, em lugar de 'direito internacional', a expressão 'direito transnacional', para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas". (JESSUP, Philip C. *Direito transnacional* [*Transnational Law*]. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965 [*1956*], p. 12).

dificuldade apriorística de se aproveitarem os conceitos da primeira na aplicação do segundo, especialmente diante de tratados de direitos humanos.

O segundo capítulo identifica, na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, que essa incompatibilidade é processada com razões que parecem equivocadas, isto é, com o uso hiperbólico ou inadequado dos conceitos de "publicização" e de "ordem pública". Assim, verifica-se que uma resposta possível do DIP ao processamento da arbitragem trabalhista deve ser a identificação do conteúdo dessas normas que, tão relevantes, tornam-se exclusivas para o adjudicador, assunto ausente nas examinadas iniciativas transnacionais de arbitragem de direitos humanos, ou "Business and Human Rights Arbitration".

O terceiro capítulo, portanto, identifica a potencial conveniência do conceito de normas de aplicação imediata,[31] supostamente protetivo do trabalhador, mas o questiona no contexto de uma análise econômica do direito internacional, isto é, verifica sua sustentação à luz dos incentivos institucionais à captura dos fins do direito pelos Estados, ainda que estes sejam partes de tratados de direitos humanos. Funda-se, assim, um ceticismo quanto à qualificação de preceitos da legislação trabalhista nacional como normas de aplicação imediata.

Ciente dessa limitação, o quarto capítulo da tese revisa a literatura sobre direito internacional privado do trabalho e, confrontando os parâmetros de direito brasileiro com as limitações conceituais do DIP, tenta identificar as normas nacionais que verdadeiramente se deveriam aplicar, de forma imediata, ao mérito de uma disputa trabalhista "plurilocalizada", apontando a necessidade de se ressalvarem as peculiaridades *culturais* conforme a Convenção 169 da OIT.

Estabelecidos os parâmetros do direito brasileiro do trabalho, o quinto capítulo revisita a doutrina de Georges Scelle, para compreender a *arbitragem trabalhista como "desdobramento funcional" do direito internacional do trabalho* e nela indicar um caminho mais adequado: as normas de aplicação imediata se encontrariam *diretamente* no regime do direito do trabalho. Assim, além da justificativa *econômica* para o afastamento das normas de aplicação imediata, especificamente nacionais, destaca-se uma proposta *jurídica* de reaproveitamento operacional desse conceito, do ponto de vista não-estatal. O capítulo final

[31] São aquelas "cuja aplicação é necessária para a salvaguarda da organização política, social e econômica do país" (« dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou èconomique du pays » [FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 275], ou seja, versam "sobre interesses e questões tão importantes e tão delicados para a ordem jurídica de quem fazem parte que não podem *tolerar* a hipótese de ser aplicada uma outra lei que não elas próprias" (PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140, p. 30).

faz a distinção entre os tipos de arbitragem que se relacionam com o direito internacional e com o direito transnacional.

Além de servir como uma das primeiras reflexões nacionais sobre temas muito recentes na Academia estrangeira,[32] a contribuição desta tese à ciência brasileira pretende-se original na *articulação* do marco teórico utilizado, a *análise econômica do direito*, ainda pouco explorada nos estudos brasileiros de direito internacional, *com o ambiente decisório especial da arbitragem*.[33] Ademais, o exame da lei aplicável ao mérito da arbitragem não elimina a possível contribuição da tese, para aclarar o difícil tema também no âmbito da Justiça do Trabalho.

A pesquisa será bibliográfica, normativa, jurisprudencial e documental, a partir de fontes primárias como cláusulas de arbitragem e relatórios de entidades transnacionais. Como pretende lidar com os limites da escolha de lei aplicável, existindo evidente dependência de exame da doutrina do direito internacional privado e de conteúdo normativo, afigura-se adequada a utilização do método hipotético-dedutivo, a fim de se examinarem as propostas doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais com base nos conceitos trazidos ao estudo; em seguida, submetendo-as a questionamentos fundados nas peculiaridades trabalhistas, também definidas na tese, pretende-se testar se os conceitos existentes atualmente, no direito internacional privado e no direito arbitral, são compatíveis com as especificidades examinadas na pesquisa.

Exposto panoramicamente o trabalho e superadas as formalidades típicas de uma pesquisa, uma nota pessoal é adequada, honrando o "dever de revelação" que tão bem aproxima a transparência da Academia com a ética da arbitragem. Esta tese é produzida por um pesquisador que lida com o Direito do Trabalho desde seu primeiro estágio em escritório de advocacia e patrocinou cotidianamente – por boa parte dos últimos seis anos, que se seguiram à Graduação em Direito na Universidade Federal da Paraíba – interesses de empregadores em face de seus empregados, em juízo ou fora dele.[34] Desde 2016, o autor lida com a arbitragem na seara acadêmica e, mais recentemente, também pôde envolver-se com a

[32] Embora já haja literatura robusta acerca das interações entre direitos humanos e o juízo arbitral, o maior foco tem-se direcionado às arbitragens de investimentos, isto é, entre indivíduo investidor e Estado receptor, e não à arbitragem privada, entre particulares. Como ponto de convergência do primeiro tipo de debate, cita-se DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN, Ernst-Ulrich; FRANCIONI, Francesco. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2009. O segundo tipo de debate será detalhado ao longo desta tese.

[33] "Often originality merely consists of focusing on ideas previously neglected or given scant consideration" (CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, p. 210-231, 1990, p. 220).

[34] Nenhuma empresa financiou a presente pesquisa.

prática arbitral em São Paulo. Também desde 2016, após concluir seu Mestrado em Direito Econômico na Universidade Federal da Paraíba, o autor tem ministrado cursos, disciplinas e seminários universitários relacionados à Arbitragem, ao Direito Processual do Trabalho e à Análise Econômica do Direito Internacional, sendo esta na Especialização em Direito e Economia da Universidade Estadual de Campinas.

A tríade que se apresenta nesta tese – Direito Internacional, Direito do Trabalho e Arbitragem – está aí apenas parcialmente explicada; ela se completa com uma predileção muito antiga na vida intelectual do autor: foi por causa do "internacional" que ele, uma década e meia atrás, decidiu inscrever-se no vestibular de Direito. À rara oportunidade de produzir uma tese na confluência das áreas de encanto, pesquisa e atuação profissional do candidato se soma a responsabilidade de redigi-la para avaliação na prestigiada Universidade de São Paulo. O resultado, a ser submetido à comunidade acadêmica, descortina-se a seguir.

1 ARBITRAGEM ENTRE COMÉRCIO E TRABALHO

Figura 2 – van RIJN, Rembrandt. *The Sampling Officials of the Amsterdam Drapers' Guild, Known as "The Syndics".*1662. 1 original de arte. Acervo do Rijksmuseum. Disponível em: https://www.rijksmuseum.nl/en/collection/SK-C-6. Acesso em: 09 nov. 2020.

Quem observa a guilda? A concentração dos mestres da costura é aparentemente interrompida[35] pelo espectador da obra de arte de Rembrandt, que estampa a abertura deste capítulo (Figura 2).

A escolha de uma obra do século XVII não é casual, tampouco seu tema: Rembrandt, como muitos artistas de seu tempo e de seus Países Baixos, retratou, amiúde, o apogeu dos comerciantes neerlandeses e do modelo de corporações de ofício.[36] Herdadas do Medievo, tais organizações só encontrariam seu fim – de modo muito explícito – nas Constituições inspiradas pela oitocentista Revolução Francesa,[37] que, marcada pelo ideal de liberdade, pregou a abolição das corporações.[38]

---

[35] RIJKSMUSEUM. *The Sampling Officials of the Amsterdam Drapers' Guild, Known as "The Syndics"*. Disponível em: https://www.rijksmuseum.nl/en/collection/SK-C-6. Acesso em: 09 nov. 2020.

[36] "A corporação em causa foi um organismo com dupla finalidade: política, já assinalada, e *profissional*, de defesa dos interesses dos artesãos e de regulação das suas divergências, e até com tendência monopolista" (CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982, p. 19. Grifos no original).

[37] Eis a redação da CI-1824, com ortografia atualizada e sem grifos no original: "Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a

Como a pintura sugere, as corporações estavam tão bem organizadas, que a interrupção de um espectador – o artista como Rembrandt, ou os novos direitos das Revoluções liberais – poderia prejudicar seu modelo.

A liberdade trazida pelo final do século XVIII, que consagrou a economia a partir do século XIX, afetou, também, o resgate contemporâneo da arbitragem, ao aprofundar a separação entre o comércio (1.1) e o trabalho dependente (1.2).

1.1 A GENÉTICA COMERCIALISTA DA ARBITRAGEM CONTEMPORÂNEA

Uma das grandes dificuldades na construção do conhecimento jurídico é a aplicação analógica de conceitos: em eterna tensão com a realidade social que pretende regular, o direito pode não ser tão contemporâneo como os fatos sobre os quais incide, de modo que, na tentativa de oferecer respostas, o legislador ou o julgador acabam adotando opções regulatórias que, pensadas para outra conduta, tornam-se consequência normativa de situação, até então, não imaginada pela lei. Embora o legiferante e o adjudicador possam adotar tal caminho simplificado, por compreensíveis pressões políticas ou institucionais, o pesquisador não pode permitir-se sacrificar a precisão do conceito a pretexto de facilitar determinada resposta, já que, "em Direito, a maioria dos equívocos provém do emprego inadvertido de expressões figuradas".[39]

A tensão epistêmica que originou esta pesquisa reside na pretensa expansão da arbitragem, eficiente mecanismo de solução de controvérsias, às relações de trabalho. Embora a instituição do juízo arbitral para resolução de disputas empregatícias tenha sido, mais uma

---

propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. (...) XXIV. Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos. XXV. *Ficam abolidas as Corporações de Ofício, seus Juízes, Escrivães, e Mestres*".

[38] Em documento seminal para o direito do trabalho, o Papa Leão XIII destaca a abrupta abolição das corporações: "[*E*]stamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida. *O século passado destruiu, sem as substituir por coisa alguma, as corporações antigas, que eram para eles uma proteção*; os princípios e o sentimento religioso desapareceram das leis e das instituições públicas, e assim, pouco a pouco, os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada. A usura voraz veio agravar ainda mais o mal. Condenada muitas vezes pelo julgamento da Igreja, não tem deixado de ser praticada sob outra forma por homens ávidos de ganância, e de insaciável ambição. A tudo isto deve acrescentar-se o monopólio do trabalho e dos papéis de crédito, que se tornaram o quinhão dum pequeno número de ricos e de opulentos, que impõem assim um jugo quase servil à imensa multidão dos proletários". (LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. Disponível em: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 09 nov. 2020. Sem grifos no original).

[39] CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 1º volume. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 7.

vez, reconhecida pelo legislador brasileiro com a introdução do artigo 507-A na CLT, em 2017, essa opção não reflete a especificidade jurídica ou mesmo histórica das relações trabalhistas diante da relação comercial para a qual, originalmente, imaginou-se a arbitragem no Brasil.[40]

A propósito do tratamento internacional de cada tema, os progressos do direito no século XX deixaram clara a distinta percepção da arbitragem comercial e da relação de trabalho. Poder-se-ia fazer um interessante catálogo comparatístico sobre a umbilical relação da arbitragem com o comércio mundial, mas basta mencionar que muitas legislações nacionais de arbitragem, da brasileira à ugandense, foram inspiradas pela Lei Modelo da UNCITRAL, isto é, pelo órgão da ONU responsável por incentivar o direito do comércio internacional.[41] Além disso, o artigo I:3 da CNY-1958 – ela própria elaborada a partir de propostas da ICC de Paris – autoriza que as partes da Convenção restrinjam sua aplicação às sentenças arbitrais estrangeiras que envolvem relações comerciais,[42] o que não foi feito pelo Brasil ou pela Suíça, mas por países como Argentina, Canadá – à exceção do Quebec –, China Popular e Estados Unidos da América.[43] Nesse sentido, caso haja interpretação nacional restritiva do tratado responsável por permitir o livre trânsito das decisões adotadas pelos árbitros, tal exegese, ainda que diminua o escopo normativo, privilegiará a arbitragem comercial, em detrimento, por exemplo, da arbitragem trabalhista.

Por outro lado, há precisamente cem anos, na tentativa de superar a catástrofe humana representada pela Grande Guerra, o Tratado de Versalhes consagrou a institucionalização da pioneira Organização Internacional do Trabalho, fundada como resposta à intensa competição entre as economias nacionais, a qual poderia, segundo seus fundadores, ser compensada pela uniformização da proteção trabalhista.[44] Já no artigo 427 do

---

[40] O enfoque originalmente comercial da vigente Lei Brasileira de Arbitragem é narrado, de forma reiterada, por MUNIZ, Petronio R. G. *Operação Arbiter*: a História da Lei n° 9.307/96 Sobre a Arbitragem Comercial no Brasil. Brasília: ITN, 2005.

[41] BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2015, § 1.02; MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Nova York: Cambridge University Press, 2017, p. 7-8.

[42] Eis a redação do dispositivo convencional, conforme o Decreto Presidencial n° 4.311/2002: "Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração".

[43] NEW York Arbitration Convention. *Contracting States*. Disponível em: http://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states. Acesso em: 09 nov. 2020.

[44] "Os progressos da legislação social de alguns Estados, pela inevitável repercussão de aumento sobre o custo dos produtos, punham os mais adiantados nela em condições de difícil concorrência com os menos adiantados,

Tratado, a Carta Internacional do Trabalho, documento instituinte da OIT, proclamava, como primeiro princípio, que o trabalho não é uma mercadoria,[45] e a proteção ao trabalhador passaria a seguir tal proposta,[46] que caracterizou a autonomia científica do direito do trabalho.[47]

Partindo do pressuposto – vinculante, já que previsto em um tratado[48] – de que o trabalho não é uma mercadoria, é evidente que tratá-lo no mesmo contexto normativo que o direito aplicável aos bens e serviços é, a um só tempo, impróprio na perspectiva científica e potencialmente contrário ao direito internacional. Constata-se, nesse cenário, inadequação da transposição automática, para a seara trabalhista, de disposições de arbitragem privada, concebidas com o material genético do direito do comércio internacional.

Retomando-se a tensão epistêmica já mencionada, é possível observar, ainda, que, enquanto a arbitragem se caracteriza pela autonomia da vontade, o direito do trabalho possui forte conteúdo protetivo, de inegável raiz ideológica. Enquanto há antecedentes históricos da proteção laboral nas corporações de oficio – por definição, estruturas destinadas à reserva de mercado[49] –, o direito do trabalho brasileiro, mesmo fora do discurso de luta de classes, foi inspirado pela encíclica Rerum Novarum, em que o Papa Leão XIII identificou a dignidade dos trabalhadores na lição cristã de que o homem foi criado à semelhança de Deus, o que subsidia, entre outros, um princípio de solidariedade, capaz de estruturar o equilíbrio das relações entre o capital e o trabalho, e um princípio da proteção, "que impõe a intervenção do

---

de modo que, nas competições econômicas internacionais, aqueles progressos podiam redundar em prejuízo econômico dos que os tinham realizado" (CESARINO JR, A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 72).

[45] "[*O*] trabalho humano, ponto de fusão do espírito e da coisa, foi objeto de disposições específicas, que permitem fazer dele um valor de troca mas proíbem tratar o corpo do trabalhador como uma coisa no comércio" (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 33).

[46] A perspectiva protetiva já estava presente em propostas doutrinárias: "Essas consequências iniludíveis e tremendas da liberdade de trabalho indicam a necessidade de regular-se, no interesse do trabalhador e sem prejuízo do industrial, as condições em que aquele venderá a este seu esforço consciente. É preciso admitir e legalizar, até as maiores minuciosidades, conforme as indústrias e as circunstâncias do lugar, o contrato de trabalho, fixando as três condições: – preço do trabalho ou taxa do salário, duração do trabalho e qualidade do trabalho" (MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986 [*1971*], p. 11).

[47] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 23.

[48] No Brasil, a Declaração da Filadélfia, que contém a mesma prescrição e integra a Constituição da OIT, foi promulgada por meio do Decreto Presidencial n° 25.696/1948.

[49] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 15; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 66-67.

Estado para evitar a exploração do trabalhador e garantir-lhe a justa retribuição pelo esforço despendido, equilibrando as relações entre patrões e empregados".[50]

Posteriormente, no século XX, dois acontecimentos históricos, de ideologia diversa da lição católica, mas igualmente relevantes para a estruturação do princípio protetivo, reforçaram a perspectiva de que as relações de trabalho deveriam sofrer alguma intervenção normativa[51] – algo que Adam Smith já examinara em seu texto clássico sobre a riqueza das Nações.[52] Em 1917, a vitória das revoluções mexicana e russa introduziram elementos socializantes em conformações constitucionais, enquanto, em 1919, além da experiência de constitucionalismo social de Weimar, foi fundada a OIT, com os pressupostos de atuação já mencionados.

A constitucionalização e a internacionalização do direito do trabalho transformaram a perspectiva protetiva em um mandamento jurídico-político. Com efeito, constitucionalizar o direito do trabalho significou, em princípio, condicionar a atuação governamental e a atividade legislativa aos limites da escolha constituinte. Por outro lado, o progressivo desenvolvimento do Direito dos Tratados em favor das convenções internacionais de direitos humanos conferiu ao Direito Internacional do Trabalho posição privilegiada na hierarquia normativa dos países membros da OIT.

Em suma, tanto na evolução do direito internacional aplicável ao trabalho e à arbitragem quanto na realidade brasileira, verificam-se caminhos díspares, aprofundados respectivamente a seguir (1.1.1 e 1.1.2).

---

[50] MARTINS FILHO, Ives Gandra. Reflexões com vistas à modernização da legislação trabalhista por ocasião dos 75 anos da Justiça do Trabalho no Brasil. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Org.). *1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Magister, 2017, p. 9-88, p. 11.

[51] "[*O*]s defensores do Estado social, esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana; e, porque a social-democrática contemporânea pressupõe a pluralidade das fontes do Direito, consideram que o patamar de direitos indisponíveis, adequado a cada país, deve e pode ser ampliado pelos instrumentos da negociação coletiva entre sindicatos de trabalhadores e empresários, ou as associações destes" (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 48).

[52] "Quando os patrões se reúnem para reduzir os salários de seus trabalhadores, comumente entram em um pacto ou acordo particular para não dar mais que um certo pagamento, sob uma certa penalidade. Se os trabalhadores entrassem em uma símile combinação contrária, de não aceitar um dado salário, sob certa penalidade, a lei os puniria severamente, e se esta agisse com imparcialidade, trataria os patrões do mesmo modo" (SMITH, Adam. *Riqueza das Nações* [*The Wealth of Nations*]: edição condensada. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010 [*1776*], p. 99).

1.1.1 A ideia da arbitragem

Pensar que o Estado contemporaneamente autoriza, reconhece ou até incentiva os Tribunais Arbitrais é, de fato, uma violência simbólica, uma inversão da lógica: para a arbitragem existir, basta que duas pessoas, em qualquer época e região, consintam em submeter atuais ou futuras disputas ao julgamento de um terceiro em quem elas confiam, para que ele escolha uma solução adequada e vinculante. Se as partes aplicarem um direito próprio ou nenhum direito e se não precisarem de instrumentos de coerção, para forçar o cumprimento da decisão arbitral, é possível pensar em arbitragens jamais conectadas com Estado algum.[53]

Como "poucos sistemas jurídicos podem ser meditados com abstração de suas raízes romanas",[54] é importante observar que, antes do século III AD, o árbitro era figura recorrente no direito de Roma,[55] e apenas depois dessa época, a Cidade Eterna conheceria o Juiz público permanente, enquanto os contornos contemporâneos de igualdade e de publicidade processuais somente seriam defendidos após a Revolução Francesa.[56]

Para além do Lácio, as grandes religiões do Livro também conheciam a arbitragem. Há diversas passagens em que a arbitragem é propostano Pentateuco,[57] refletindo sua difusão no direito judaico;[58] no décimo segundo capítulo do Evangelho de Lucas, Jesus Cristo rejeita ser o árbitro de uma disputa familiar, indagando quem o indicara para a solução de tal

---

[53] "Estado", neste caso, inclui qualquer manifestação coercitiva externa às partes, partindo do pressuposto de que elas não recorrem ao uso da força, para fazer valer suas vontades. Sobre a formação mais recente do Estado, cf. STRAYER, Joseph R. *On the medieval origins of the modern state*. Princeton: Princeton University Press, 2005 [*1970*].

[54] STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. 1967. 219p. Tese (Docência Livre em Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967, p. 56.

[55] "Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das legis actiones e o processo per formulas. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da cognitio extraordinaria sob Diocleciano (séc. III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um iudex ou arbiter, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, o poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império. Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou arbiter, e as fases in iure e apud iudicem se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da auctoritas concedida pelo Imperador - donde a caracterização da cognitio como extraordinaria, isto é, julgamento, pelo Imperador, por intermédio do pretor, em caráter extraordinário." (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 39-48, 1997, tópico 4).

[56] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 39-48, 1997, tópico 1.

[57] Gênesis 31:36-37; Juízes 11:27.

[58] Sobre o tema, cf. DOLINGER, Jacob. Arbitragem no direito judaico. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 335-354.

controvérsia,[59] enquanto Maomé, fundador do Islã, incentivava o respeito à decisão de árbitros.[60] Na Idade Média, muitos tratados preveriam a arbitrabilidade de conflitos, entre Governos, pelo Papa,[61] sendo o melhor resultado o Tratado de Tordesilhas, de 1494.[62]

Por ser a arbitragem, assim, um produto espontâneo de grupos sociais historicamente diversos,[63] a aproximação entre ela e o comércio não se pode considerar peremptória, senão uma característica recente do instituto. No final do século XVII, na Inglaterra, após a Revolução Gloriosa, Guilherme de Orange instituiu um conselho de comércio – "Board of Trade" – no contexto de reformas econômicas e sociais do novo regime, e John Locke, que se envolvera pessoalmente no processo revolucionário[64], recebeu a incumbência de preparar uma lei, para regulamentar um método de solução de disputas entre mercadores por "referees", cujas decisões fossem definitivas, ou seja, insuscetíveis a recurso.[65] Na verdade, à época da elaboração desse projeto pelo filósofo liberal, as Cortes inglesas já reconheciam diversos mecanismos de incentivo à arbitragem, incluindo a exigibilidade do laudo arbitral, sujeitando-se a parte recalcitrante, até mesmo, ao risco de prisão. A ideia de Locke era que a nova lei, embora explicitamente direcionada aos comerciantes, pudesse ser usada para quaisquer pessoas que tivessem disputas,[66] considerando que o instituto era, por exemplo, muito procurado para contratos de construção, em que se indicavam, como árbitros, arquitetos ou artesãos.[67]

Além da precoce referência à arbitragem privada na biografia do marcante filósofo liberal, observa-se que, no final do século seguinte, o padrão contemporâneo de arbitragem interestatal também partiria das Ilhas Britânicas, ou melhor, das controvérsias entre o Império e as antigas colônias norte-americanas. Em 1794, os Tratados Jay previram arbitragens entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, para decidir, entre outros temas, a reparação a investidores britânicos que dedicaram recursos às terras coloniais. Tratava-se, em verdade, de

---

[59] Lucas 12:14. O episódio ecoa certa passagem da vida de Moisés (Êxodo 2:14), o que é coerente com a percepção de que Jesus Cristo conhecia bem a Lei.
[60] KESHAVJEE, Mohamed. *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution*: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community. Nova York: I. B. Tauris, 2013, p. 67.
[61] RALSTON, Jackson Harvey. *International Arbitration from Athens to Locarno*. Clark: The Lawbook Exchange Ltd, 2004, p. 177.
[62] FINKELSTEIN, Cláudio. Recent development of arbitration law in Brazil. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano CIII, v. 10, n. 125-130, jul.-dez./2017, p. 243.
[63] LUZZATTO, Riccardo. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States. *The Hague Academy Collected Courses*, A Haia, v. 157, p. 9-120, 1981, p. 21.
[64] BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural* [*Locke e il diritto naturale*]. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1998 [*1997*], p. 90; MAGEE, Bryan. *História da Filosofia* [*The Story of Philosophy*]. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001 [*1998*], p. 102.
[65] HORWITZ, Henry; OLDHAM, James. John Locke, Lord Mansfield, and Arbitration during the Eighteenth Century. *The Historical Journal*, v. 36, n. 1, mar./1993, p. 138.
[66] *Ibid*., p. 143.
[67] *Ibid*., p. 146.

novos parâmetros para a arbitragem envolvendo a proteção de investimentos, algo que só seria transferido das relações interestatais para as relações entre indivíduo investidor e Estado receptor após a Segunda Guerra Mundial, quando os próprios Estados da nacionalidade dos investidores incentivaram a instituição do ICSID.[68]

Enquanto o século XIX acompanhou a codificação do direito nos países europeus e nas antigas colônias, com o fortalecimento do Estado em meio a convulsões e a revoluções, a arbitragem privada remanesceu sem destaque. Por seu turno, a arbitragem interestatal – substituta, em linhas gerais, do confronto armado – experimentou novos incentivos a partir das duas conferências de paz da Haia, em 1899 e principalmente em 1907, cujo tratado referendou que a arbitragem seria a regra na solução de disputas entre Estados, motivadas pela recusa ao pagamento de credores estrangeiros; nesse antecedente da arbitragem de investimentos contemporânea, o Estado de nacionalidade do investidor teria o direito de buscar a solução bélica, caso o Estado receptor se recusasse a participar de uma arbitragem sobre o tema, ou se rejeitasse o cumprimento de laudo arbitral possivelmente emitido sobre a controvérsia.[69]

Além da arbitragem interestatal envolvendo investimentos, que seria gradualmente substituída pela arbitragem investidor-Estado,[70] o século XX assistiu a uma convivência da arbitragem interestatal com a crescente expansão de Tribunais permanentes. Sem ainda ter logrado adesão universal, entes como a CIJ e o ITLOS não significam o fim da arbitragem, antes convivem como mecanismo adicional à possibilidade de solução pacífica de disputas, em uma era em que, com a Carta da ONU de 1945, a guerra tornou-se um ilícito internacional.[71]

---

[68] HULSEBOSCH, Daniel J. From Imperial to International Law: protecting foreign expectations in the early United States. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 4, p. 4-18, 2018; WERNER, Jacques. Limits of Commercial Investor-State Arbitration: the Need for Appellate Review. *In*: DUPUY, Pierre-Marie; FRANCIONI, Francesco; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Ed.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 115.

[69] Eis o artigo primeiro da mencionada convenção: "The Contracting Powers agree not to have recourse to armed force for the recovery of contract debts claimed from the Government of one country by the Government of other country as being due to its nationals. This undertaking is, however, not applicable when the debtor State refuses or neglects to reply to an' offer of arbitration, or, after accepting the offer, prevents any *compromis* from being agreed on, or, after the arbitration, fails to submit to the award" (CONVENTION Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts. A Haia, 18 out. 1907. Disponível em: https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020).

[70] SHIHATA, Ibrahim F.I. Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-15, 1986.

[71] Sobre tal ilicitude, cf. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, tópico 8.3.1; SORTO, Fredys Orlando. O uso da força nas relações internacionais: da Paz Perpétua ao Terceiro Ausente. *In*: TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz, v. 2. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013, p. 335-361.

Em verdade, diferenciando-se tanto da arbitragem interestatal – correta e comumente chamada arbitragem internacional – quanto da arbitragem de investimentos – que, na sua forma mais recente, corresponde à arbitragem investidor-Estado –, a arbitragem "comercial", ou arbitragem privada, começou a receber novo impulso, no plano internacional, em 1923, com o lançamento do Protocolo de Genebra Sobre Cláusulas Arbitrais, que previa, em hipóteses restritas, a derrogação da competência do Poder Judiciário em favor do Tribunal Arbitral. Devido ao insucesso inicial da iniciativa, que alcançou menos de trinta ratificações, o tratado foi substituído pela CNY-1958, convenção de grande sucesso e impacto prático, a qual, aliada à divulgação, em 1985, da Lei Modelo da UNCITRAL, abriria uma nova era para a arbitragem entre partes de nacionalidades distintas, em um campo que hoje se estende por áreas diversas como o esporte e a arte.[72] Tanto o documento genebrino quanto o nova-iorquino, porém, foram estruturados para arbitragens entre partes de uma relação *comercial* com elementos de estraneidade, conforme se verifica da previsão, comum a ambos os tratados, de que, se assim quiserem, os signatários poderão restringir a aplicação do Protocolo de 1923 ou da Convenção de 1958 a relações que, nos seus respectivos direitos nacionais, sejam consideradas comerciais.

A conceituação, contudo, não impediu a expansão da via arbitral. Até mesmo na União Soviética, no auge do regime ditatorial, era permitida a arbitragem entre empresas estatais, que indicavam um árbitro de comum acordo, para resolver as controvérsias entre elas. Especialmente a arbitragem comercial internacional recebeu bastante atenção do antigo gigante comunista, que se esforçou nas discussões de regras harmonizadas entre os países, assinando e ratificando a CNY-1958 e a Convenção Europeia de Arbitragem de 1961, ciente que estava do descrédito que suas aparelhadas instituições judiciais públicas teriam perante investidores e comerciantes estrangeiros.[73] Na segunda metade do século XX, de fato, a construção da arbitragem comercial ocorreu paralelamente a qualquer conflito ideológico ou geopolítico.[74]

---

[72] Para uma reflexão inicial sobre a arbitragem de arte, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A arte vai à Corte: o uso de arbitragem nas controvérsias jurídico-artísticas. *JOTA*, 13 jun. 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/06/26/arte-vai-corte-o-uso-de-arbitragem-nas-controversias-juridico-artisticas/. Acesso em: 09 nov. 2020.

[73] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* [*Les grands systèmes du droit contemporains (Droit Comparé)*]. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [*s.d.*], p. 292-293.

[74] LUZZATTO, Riccardo. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States. *The Hague Academy Collected Courses*, A Haia, v. 157, p. 9-120, 1981, p. 23. Em sentido similar: "The first terrain [*of international commercial arbitration*] provides an opportunity to analyse how an alliance of European grand professors and corporate litigators from Wall Street law firms managed to construct a new type of disputing forum for handling high-profile commercial conflicts, including those where the political stakes were high (North–South and East–West) and those involving substantial financial amounts (e.g. mega infrastructure

Por outro lado, no amplo empreendimento conhecido como "Nova Rota da Seda", a República Popular da China tem incentivado a adoção da arbitragem como solução de controvérsias decorrentes da sua estratégica Belt and Road Initiative. A Corte de Arbitragem da ICC de Paris, a propósito, criou uma espécie de força-tarefa destinada a promover a via arbitral no contemporâneo projeto transcontinental chinês.[75]

A vinculação da arbitragem privada ao comércio parece também ter influenciado a redação da legislação lusa, na assim chamada Lei de Arbitragem Voluntária. De acordo com o artigo 49 da Lei Portuguesa n° 63/2011, "[*e*]ntende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional". Embora se pudesse pensar em uma interpretação de "comércio", nesse caso, como qualquer "transação", a doutrina tende a conferir ao dispositivo leitura restritiva, nele enxergando principalmente a arbitragem que envolve relações *entre agentes empresariais*, com elementos estrangeiros; em consequência, excluir-se-iam, por exemplo, relações de consumo.[76]

Embora o Brasil tenha aderido à restrição comercialista quanto ao PG-1923, não consta a repetição dessa postura por ocasião da assinatura da CNY-1958. Os detalhes dessa mudança de posição brasileira poderão ser compreendidos com a avaliação da situação da arbitragem no contexto nacional, feita no próximo tópico.

1.1.2 A arbitragem no Brasil

A arbitragem estava prevista já na Constituição Política do Império, de 1824, cujo artigo 160 autorizava, até mesmo, a possibilidade de cumprimento da sentença arbitral sem recurso.[77] Ainda no período monárquico, o Código Comercial de 1850 não apenas se referia à

---

projects). The research shows that, far from being given, the legitimacy (or more precisely the social credibility) of this new kind of forum was achieved through the construction of a small and very elitist professional milieu. Far from functioning as the simple collegial community depicted in much of the promotional literature, the field is characterized by a highly hierarchical structure that imposes a requirement of constant re-investment in legal knowledge. That investment contributes both to the promotion of arbitration and the construction of its professional authority. It also raises the barrier of entry: new recruits have to invest in the production and diffusion of arbitration knowledge in order to gain recognition as arbitrators. And the same process serves to produce and expand the political credibility of this forum through the cooptation of legal notables from national jurisdictions (including from the South and from Communist regimes). Key locals go through gradual apprenticeships that socialize them into the hierarchies and basic structure of the arbitration milieu". (DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. Marketing and selling transnational "judges" and global "experts": building the credibility of (quasi)judicial regulation. *Socio-Economic Review*, v. 8, p. 113-130, 2010, p. 117).

[75] INTERNATIONAL Chamber of Commerce. *Belt and Road Dispute Resolution*. Disponível em: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/belt-road-dispute-resolution/. Acesso em: 09 nov. 2020.

[76] OLIVEIRA, Elsa Dias de. *Arbitragem voluntária*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 211-212.

[77] "Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes".

arbitragem, mas chegou a instituí-la como obrigatória para temas corporativos e marítimos;[78] em 1866, a Lei n° 1.350 alterou tal diploma e indicou que a arbitragem deveria ser sempre voluntária, autorizando os árbitros a decidirem por equidade, caso as partes assim indicassem. No Império, havia também a previsão de arbitragem para a locação de serviços,[79] contrato herdado do direito romano o qual se relaciona com o direito do trabalho como precedente histórico.[80,81]

Durante o Segundo Reinado, entre 1840 e 1889, o Brasil também incentivaria a arbitragem voluntária no âmbito interestatal e seria reconhecido como uma voz relevante na solução pacífica de disputas: quando a Casa Branca e a Coroa britânica assinaram o Tratado de Washington em 1871 e submeteram à arbitragem todas as disputas conhecidas como "Alabama Claims", derivadas do período da Guerra Civil americana, o Tribunal seria composto de cinco membros – um indicado por cada parte e outros três nomeados pelo Presidente da Confederação Suíça, pelo Rei da Itália e pelo Imperador do Brasil, Dom Pedro II.[82]

Apesar de a posição favorável do Brasil à arbitragem nas relações internacionais tornar-se uma constante ao longo do século XX, a República, que se iniciou em 1889, não teve a mesma posição quanto à arbitragem privada.[83] O maior obstáculo ao que contemporaneamente se conhece por arbitragem comercial seria encontrado no Código Civil de 1916, que indicava a necessidade de homologação, pelo Juiz estatal, do laudo arbitral como condição para seu cumprimento. O Código de Processo Civil de 1939 foi ainda além, criando diversos requisitos procedimentais para a condução da arbitragem, contradizendo a informalidade comparativa desse método, algo que foi mantido pelo diploma processual de

---

[78] Enquanto a parte especificamente comercial do CC-1850 foi revogada pelo Código Civil de 2002, a regulação marítima contida na lei imperial ainda está em vigor.

[79] BAPTISTA, Luiz Olavo. Homologação de laudos arbitrais estrangeiros no direito brasileiro. *In*: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 85-100, p. 85.

[80] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 50-57; MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986 [*1971*], p. 18.

[81] Parte deste tópico aprofunda ideias e argumentos já publicados anteriormente pelo autor em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. A posição processual do Estado na arbitragem de investimentos e na arbitragem tributária interna: um problema de legislação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 62, p. 115-130, 2019.

[82] NAÇÕES Unidas. *Reports of International Arbitral Awards*. Alabama claims of the United States of America against Great Britain Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871. Genebra, 1872. Disponível em: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

[83] Seguindo a tradição imperial, o Brasil, já em 1890, articulou propostas de arbitragem obrigatória entre os países das Américas, cf. MENDONÇA, Salvador de. *A situação internacional do Brazil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1913, p. 135-159. No campo da arbitragem com o Poder Público, o artigo 18 da Constituição de 1937 facultava aos Estados, no âmbito da competência concorrente, legislar sobre "d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral".

1973.[84] Ademais, tanto à legislação material quanto à processual faltavam mecanismos para a execução da cláusula compromissória, tendo a lei aplicável se dedicado apenas ao compromisso arbitral.[85]

Mantendo coerência com os obstáculos republicanos à arbitragem privada, o Brasil participou do lançamento da Convenção Interamericana Sobre Arbitragem Comercial no Panamá, em 1975, que recebeu alta adesão no âmbito da OEA, mas não ratificou o tratado por vinte anos, conforme o Decreto Presidencial n° 1.902/1996. Apesar de o artigo quatro da convenção trazer a impactante previsão de que "[a]s sentenças ou laudos arbitrais não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis terão força de sentença judicial definitiva", ela só entraria em vigor, alguns meses antes da publicação da LBA, que afastaria, enfim, a necessidade de homologação judicial.[86]

Na verdade, o projeto de lei de arbitragem iniciou sua tramitação, no Senado, em 1992, e seus opositores se concentravam na suposta inconstitucionalidade do instituto diante da garantia de inafastabilidade da jurisdição.[87] Apesar de aprovada a LBA em 1996, o instituto só seria saudado como prática de mercado a partir da declaração de constitucionalidade em 2001, quando o STF reconheceu que a instituição do juízo arbitral não afronta o artigo 5º, XXXV, da Constituição, que prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em 2002, o Brasil ratificou a CNY-1958, sem fazer ressalvas quanto à sua aplicação a relações que a lei nacional não defina como comercial. Nos anos seguintes, a potencial aplicação do instituto passou a ser expandida, por previsão legal, para um grande número de disputas, incluindo controvérsias envolvendo acionistas,[88] direitos autorais[89] e a

---

[84] É interessante perceber que, desde 1932, já estava em vigor, no Brasil, o Protocolo de Genebra Sobre Cláusulas Arbitrais (PG-1923). Embora não seja possível afirmar, de certeza, que houve uma preocupação consciente do legislador com esse texto internacional, o fato é que ele próprio só é aplicável à arbitragem internacional (artigo 1) e não impede que a lei nacional crie requisitos processuais adicionais (artigo 2).

[85] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 39-48, 1997. A cláusula e o compromisso são espécies da convenção de arbitragem, podendo abarcar respectivamente um conjunto de conflitos decorrentes de um contrato ou um conflito específico, sem vinculação prévia ao contrato pertinente; enquanto a primeira antecede a disputa, o segundo é firmado em meio ao conflito, podendo, inclusive, ser acertado perante o Poder Judiciário.

[86] Sobre o tema, citam-se esclarecedores precedentes: "O mero inconformismo quanto ao conteúdo meritório da sentença arbitral não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. Precedentes." (STJ, 3ª. Turma, REsp 1636113/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 05/09/2017). "Não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, sendo, contudo, viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento arbitral" (STJ, 3ª. Turma, REsp 693.219/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06/06/2005).

[87] MUNIZ, Petronio R. G. *Operação Arbiter*: a História da Lei n° 9.307/96 Sobre a Arbitragem Comercial no Brasil. Brasília: ITN, 2005, p. 72.

[88] Trata-se das alterações à Lei Federal n° 6.404/1976 trazidas pelas Leis Federais n° 10.303/2001 e 13.129/2015.

[89] Trata-se da alteração à Lei Federal n° 9.610/1998 trazida pela Lei Federal n° 12.853/2013.

Administração Pública direta e indireta.[90] Federativamente, o instituto foi previsto em leis estaduais de Minas Gerais, em 2011, e de Pernambuco, em 2015, além de ser regulado, no âmbito da solução de conflitos com as Fazendas fluminense e paulista, por meio de decretos estaduais de 2018 e de 2019.[91]

Portanto, a História do direito brasileiro revela uma postura bastante favorável à arbitragem, na legislação imperial e no século XXI, reservando-se ao século XX – não por acaso, um período de agigantamento desmedido do Estado – o protagonismo do Poder Público na solução de disputas. Pode-se perceber, desde já, que há uma íntima relação entre o respeito à escolha das partes e a viabilidade da solução arbitral, característica essencial à compreensão das resistências trabalhistas ao instituto, apresentadas no próximo tópico.

[90] Trata-se de alteração à LBA trazida pela Lei Federal n° 9.307/1996.
[91] Trata-se respectivamente da Lei n° 19.477/2011, da Lei n° 15.627/2015, do Decreto n° 46.245/2018 e do Decreto n° 64.356/2019.

1.2 A INSERÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No Brasil, o atual movimento de valorização dos mecanismos alternativos ao Judiciário, para solução de controvérsias, revela-se não apenas em manifestações acadêmicas e doutrinárias, mas se concretizou especialmente em 2015, por meio da reforma da LBA, por meio da sanção de uma Lei de Mediação[92] e por meio de dispositivos do CPC, os quais valorizam a conciliação, a mediação e a arbitragem.[93] Às novidades procedimentais de 2015, seguiu-se a reforma trabalhista empreendida pela Lei Federal n° 13.467/2017, que introduziu procedimento para homologação de transação extrajudicial e estipulou critérios para cláusulas compromissórias em contratos de emprego. O presente tópico examina o "estado da arte" da arbitragem no direito brasileiro do trabalho, apontando a previsão constitucional para solução de dissídios coletivos (1.2.1) e as aparentes ressalvas à arbitragem individual (1.2.2).

1.2.1 A persistência da arbitragem nas relações coletivas

Historicamente as controvérsias de alcance coletivo foram temas delicados do Direito do Trabalho, considerando que os sindicatos estiveram vinculados a movimentos revolucionários.[94]

Atualmente, devido ao grande impacto da greve e da possibilidade de suspensão legal dos salários,[95] tem sido usual a autocomposição como forma de solução de conflitos coletivos entre os patrões e a categoria profissional.[96] Nela, as próprias partes integram negociações e celebram acordos ou convenções coletivas, capazes de reger as condições de trabalho em determinadas empresas ou categoria de trabalhadores, com proteção constitucional.[97]

---

[92] Trata-se da Lei Federal n° 13.140/2015. Sobre o tema, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, p. 324-342, 2018.

[93] Como antecedentes relevantes, há a Lei Brasileira de Arbitragem, de 1996, a instituição das Comissões de Conciliação Prévia, para solução de disputas trabalhistas (Lei Federal n° 9.958/2000), e a Resolução n° 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a "Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário".

[94] BARRETTO PRADO, Roberto. *Curso de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 80-82; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Estudos de direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1953, p. 202.

[95] Eis o disposto no artigo 7º da Lei de Greve (Lei Federal n° 7.783/1989): "Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho".

[96] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 706.

[97] Eis o disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho". O artigo 611-A da CLT foi ainda além, ao reconhecer, na redação original

Na prática, as negociações coletivas são periódicas, não se tratando de solução de disputas específicas sobre a aplicação de leis existentes, mas de diálogo continuamente necessário sobre as condições do trabalho em determinadas empresas ou grupos de trabalhadores, com caráter prospectivo. Exemplo corriqueiro é a negociação coletiva para reajuste de salário, cuja previsibilidade motivou a redação dos artigos 4º, 9º e 10 da Lei Federal n° 7.238/1984, que definem o conceito de data-base e garantem benefícios ao empregado demitido no curso da negociação coletiva.[98] A propósito, nos anos em que vigeu, a Lei Federal n° 8.542/1992, que dispunha sobre a política nacional de salários, previa a arbitragem como forma de estabelecimento de cláusulas salariais para a categoria profissional.[99]

Em verdade, além da autotutela – greve – e da autocomposição – negociação coletiva ou mediação –, os conflitos trabalhistas coletivos podem ser resolvidos de forma heterônoma, conforme dispõem os parágrafos inseridos no artigo 114 da Constituição.[100]

No primeiro deles, a redação do constituinte originário prevê que, se frustrada a negociação coletiva, as partes "poderão" eleger árbitros, denotando uma faculdade, e não obrigatoriedade do instituto da arbitragem no direito coletivo do trabalho. No segundo

---

oferecida pela Lei Federal n° 13.467/2017, que as normas coletivas teriam, em regra, superioridade normativa sobre a lei, com as exceções restritivas previstas no artigo 611-B do mesmo diploma.

[98] Eis os dispositivos mencionados:
"Art 4º. A contagem de tempo para fins de correção salarial será feita a partir da data-base da categoria profissional. § 1º - Entende-se por data-base, para fins desta Lei, a data de início de vigência de acordo ou convenção coletiva, ou sentença normativa. § 2º - Os empregados que não estejam incluídos numa das hipóteses do parágrafo anterior terão como data-base a data do seu último aumento ou reajustamento de salário, ou, na falta desta, a data de inicio de vigência de seu contrato de trabalho. (...) Art 9º. O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Art. 10. Ficam mantidas as datas-bases das categorias profissionais, para efeito de negociações coletivas com finalidade de obtenção de aumentos de salários e de estabelecimento de cláusulas que regulem condições especiais de trabalho. *Parágrafo único*. Os aumentos coletivos de salários serão reajustados por um ano, não podendo ocorrer revisão a esse titulo, antes de vencido aquele prazo."

[99] Eis a redação do artigo 1º da lei, cujos parágrafos foram revogados pela Lei Federal n° 10.192/2001, como medida de adequação ao Plano Real: "Art. 1° A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei. § 1° As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. § 2° As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa".

[100] Eis a redação dos mencionados dispositivos constitucionais, na redação dada pela Emenda Constitucional n° 45/2004: "§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito".

parágrafo, há previsão de que, caso uma das partes se recuse à negociação coletiva e também à arbitragem, é possível ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, desde que haja comum acordo,[101] sendo que a decisão adotada pelo Tribunal do Trabalho competente valerá como norma coletiva para os membros da relação processual. Isso ficou explícito na redação da Lei Federal n° 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve,[102] e se alinha à respeitabilidade historicamente conferida à arbitragem pela OIT, conforme aprofundado no item 5.1.2 adiante.

A legislação brasileira ainda traz possibilidade de arbitragem em relação a um direito trabalhista essencialmente coletivo, que é a participação nos lucros e resultados, ou PLR. Garantido pelo inciso XI do artigo 7º da Constituição[103], tal benefício foi regulamentado pela Lei Federal n° 11.101/2000, que prevê, em seu artigo 1º, "a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade". Uma vez que se trata de parcela a ser recebida pelo conjunto de empregados, a negociação coletiva é prevista como meio de alcançar o valor adequado, e, caso haja impasse nas conversações entre patrão e empregados, a lei indica que o litígio deve ser resolvido por mediação ou por arbitragem de ofertas finais.[104] A PLR deixa evidente a natureza *normativa* desse tipo de arbitragem: não havendo negociação prévia, tampouco há um direito subjetivo dos trabalhadores a receber a parcela, de modo que se trata de condições contratuais prospectivas, sem a intervenção do Estado legislador.

É interessante perceber que a Lei Federal n° 12.832/2013 buscou explicitar que a arbitragem da PLR deve possuir o mesmo rito previsto na LBA – que tem, como já se

---

[101] O pressuposto foi reputado constitucional, com repercussão geral, em recente julgamento: STF, Plenário, RE 1.002.295, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 22/09/2020.

[102] "Art. 3º. Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho. *Parágrafo único*. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, da paralisação. (...)
Art. 7º. Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais, durante o período, ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho. *Parágrafo único*. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14."

[103] Eis a redação do dispositivo: "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

[104] "Art. 4º. Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: I - mediação; II - arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes. § 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes. § 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. § 4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial".

destacou, genética comercialista. Outro ponto importante é que, corretamente, seguindo a tendência das reformas legislativas dos anos 1990 e 2000, a citada lei, em seu artigo 4º, § 4º, garantiu à sentença arbitral a condição de título executivo judicial, ao reconhecer sua força normativa, independente de homologação pelo Poder Judiciário. A autorização expressa de incidência da LBA, contudo, reforça a preocupação, veiculada nesta tese, de que há uma crescente e indiscriminada adesão de campos normativos diversos daquele para o qual foi pensada a legislação arbitral nacional.[105]

Outro ponto relevante da lei que regulamenta o direito à PLR é que, no âmbito do TST, existia uma interpretação literal do artigo 4º, isto é, a SDC[106] entendia que mediação ou arbitragem eram as únicas possibilidades de solucionar o impasse nas negociações, não cabendo a intervenção do Estado-Juiz.[107] Mais recentemente e de forma criticável, o TST alterou seu entendimento, fazendo valer a noção de que o Poder Judiciário poderia fazer as vezes de árbitro;[108] a nova interpretação, em verdade, mitiga o vigor do instituto da arbitragem no país, à medida que a atual redação da Lei da PLR não deixa dúvidas quanto à natureza privada do procedimento arbitral nela previsto, porquanto regido pela LBA.

Quando o legislador pretende autorizar que agentes públicos figurem como árbitros, fá-lo explicitamente, como na LC n° 75/1993,[109] ou deixa antever que se trata de instituto diverso da LBA, o que ocorre com a arbitragem realizada por Juízes leigos segundo a Lei do

---

[105] Por outro lado, Amauri Mascaro do Nascimento, sem qualquer fundamentação, chegou a defender, pura e simplesmente, a aplicação de dispositivos de processo do trabalho, previstos na CLT, às arbitragens de relações coletivas (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 707). Tal confusão procedimental reforça a necessidade de refletir sobre os parâmetros da arbitragem trabalhista, conforme proposto por esta tese.

[106] O Tribunal Superior do Trabalho brasileiro é dividido em oito turmas de três Ministros, para julgamento de recursos em "terceira instância", ou seja, sem revisão de fatos e provas; trata-se, em regra, de reclamações trabalhistas de cunho individual, entre empregados e empregadores. Se, porém, entes coletivos iniciam procedimentos perante os Tribunais Regionais do Trabalho, podem usufruir um duplo grau de jurisdição diretamente junto à Seção de Dissídios Coletivos do TST, ou SDC. Da mesma forma, sindicatos de amplitude nacional podem resolver disputas coletivas perante a SDC, que terá, nesses casos, competência originária.

[107] TST, SDC, RODC-6940500-50.2002.5.02.0900, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 12/02/2004.

[108] Exemplificativamente se cita este precedente da SDC: "(...) DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. ARBITRAGEM DE OFERTAS FINAIS. NÃO APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS PELAS PARTES. O entendimento desta Seção Especializada em Dissídios Coletivos é de que não cabe à Justiça do Trabalho conceder vantagem a título de Participação nos Lucros ou Resultados - PLR, ressalvadas as hipóteses de apresentação de contraproposta pela categoria econômica ou quando há norma preexistente. Por outro lado, ressalvado entendimento pessoal desta Relatora, a jurisprudência desta Corte, com amparo no art. 4º, II e § 1º da Lei nº 10.101/2000, admite a atuação da Justiça do Trabalho, para decidir conflito que envolva participação nos lucros ou resultados, por meio do sistema da arbitragem de ofertas finais, quando as partes assim pactuarem. (...)" (TST, SDC, RO 5902-33.2016.5.15.0000, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DEJT 22/06/2018)

[109] Trata-se da Lei Orgânica do Ministério Público da União, cujo artigo 83 assim prevê: "Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) XI - atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho".

Juizado Especial.[110] Observa-se que a sentença arbitral, no último caso, precisa da homologação judicial, que a lista de árbitros é restrita aos Juízes leigos da Comarca e que não há referência à LBA. É verdade que a lei dos Juizados antecede a LBA em um ano, mas jamais houve alteração legislativa que explicitasse a aplicabilidade da LBA aos Juizados, ao contrário do que se fez com a Lei da PLR.

Por fim, é pertinente citar que a SDC do TST já esclareceu que a inafastabilidade da jurisdição – garantida pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal – refere-se à análise de lesões a ameaças a direitos garantidos por normas anteriores ao conflito, sendo certo que o dissídio coletivo – em substituição ao qual se poderia instituir a arbitragem – visa à criação de normas trabalhistas.[111]

Em suma, a disposição constitucional e as redações da Lei de Greve e da Lei da PLR permitem perceber a legalidade da submissão de conflitos coletivos à arbitragem. Para além das preocupações com a equivalência dos contratantes coletivos, um ponto discreto, mas essencial à compreensão de tal permissão persistente é que se trata de *arbitragem normativa*, isto é, ela é utilizada para a criação de novas condições de trabalho, de nova "lei". Tal entendimento está afim ao direito da OIT, que não ignora o caráter normativo da arbitragem coletiva. A esse propósito, a Convenção 81, ratificada pelo Brasil, determina que, havendo sentença arbitral referente às condições de trabalho, sua aplicação deverá ser fiscalizada pelos serviços de inspeção, exatamente porque elas se equiparam à lei.[112]

Esta tese ressalta este como o verdadeiro traço diferencial entre arbitragem

---

[110] Eis a redação da Lei Federal n° 9.099/1995: "Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade. Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível".

[111] "(...) O art. 114, § 2°, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 45/2004, (...) não padece de inconstitucionalidade frente ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois referido dispositivo, ao impedir que se vede o acesso ao Poder Judiciário, diz respeito às lesões a direitos subjetivos decorrentes de normas jurídicas preexistentes, situação muito diversa do dissídio coletivo, em que a pretensão dirige-se à criação de normas jurídicas. De todo modo, a Constituição Federal não consagra um direito irrestrito e incondicionado de mero acesso ao Poder Judiciário, podendo a lei prever requisitos, condições e pressupostos para tanto, tal como se dá, por exemplo, com o exaurimento da negociação coletiva prévia no dissídio coletivo (CLT, art. 616, § 4º). (...)" (TST, SDC, RODC-354200-72.2005.5.04.0000, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 26/10/2007).

[112] Eis a redação da Convenção n° 81 da OIT: "Artigo 1º. Cada Membro da Organização Internacional do Trabalho para a qual a presente convenção está em vigor, deve ter um sistema de inspeção de trabalho nos estabelecimentos industriais. Artigo 2º. 1 – O sistema de inspeção de trabalho nos estabelecimentos industriais se aplicará a todos os estabelecimentos para os quais os inspetores de trabalho estão encarregados de assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício da profissão. (...) Artigo 27. Na presente convenção a expressão 'disposições legais' compreende além da legislação, as sentenças arbitrais e os contratos coletivos que têm força de lei, e cuja aplicação os inspetores de trabalho estão encarregados de assegurar".

trabalhista coletiva e individual: a primeira, por coerência, deve ser tolerada, não tanto porque se realiza entre entes coletivos de igual poder de negociação, mas principalmente porque se insere na permissão expressa de *criar o direito*. Com essa afirmação, não se ignora que toda atividade judicante é, de certa forma, criação de norma, ainda que para o caso concreto.[113] No caso da arbitragem normativa, ou mesmo do poder normativo do Judiciário trabalhista brasileiro, cria-se abstratamente um direito a ser aplicado ao futuro das relações concretas, que podem já existir ou ainda vir a existir; no caso da adjudicação, cria-se uma norma concreta para uma disputa decorrente de normas pré-existentes, ocorrida em relações atuais ou findas.[114]

A arbitragem "individual", por seu turno, tem a missão de *aplicar o direito*, e é exatamente o direito aplicável que motiva maiores cuidados comparativos com o instituto comercial, conforme o próximo tópico.

1.2.2 Potenciais problemas na arbitragem de direito do trabalho

Em rigor, não há proibição de solução privada de conflitos individuais trabalhistas no direito brasileiro. É interessante observar que, entre as atribuições dos Procuradores do Ministério Público do Trabalho, em rol escrito ainda em 1993,[115] consta a solução de conflitos laborais como árbitros, sem qualquer reserva para os conflitos coletivos que, ao tempo da redação do dispositivo legal pertinente, já tinham a solução arbitral prevista na Constituição.[116] Além disso, o compromisso está previsto no Código Civil como espécie de contrato,[117] e a aplicação subsidiária do direito civil é admitida tanto na redação original da CLT[118] quanto na mais contundente e recente reforma trabalhista.[119]

---

[113] Em sentido próximo, o próprio artigo 503 do CPC reafirma que a "decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida".
[114] O tema será retomado no item 5.1.2 adiante.
[115] Eis a previsão da Lei Complementar n° 75/1993: "Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: (...) XI – atuar como árbitro, se assim for solicitado pelas partes, nos dissídios de competência da Justiça do Trabalho".
[116] Em texto contemporâneo ao advento da Lei Complementar, publicado em uma das primeiras revistas do MPT, admitia-se a atuação como árbitro tanto em conflitos individuais quanto em coletivos (SILVA NETO, Manoel Jorge e. A arbitragem e o Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 6, 2º semestre, p. 38-39, set./1993). A Resolução n° 44/1999, do Conselho Superior do MPT, tampouco fez qualquer restrição para disputas coletivas.
[117] "Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial."
[118] Eis o revogado parágrafo único do artigo 8º da CLT: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

O padrão de resolução *estatal* de tais disputas, porém, firmou-se no país a partir dos anos 1930,[120] de modo que a Justiça do Trabalho nega sistematicamente a compatibilidade da arbitragem com as relações laborais individuais.[121] Há, assim, certa confusão apriorística: se o direito do trabalho é direito privado, e não público,[122] o princípio da legalidade não lhe deveria servir como condição de existência, e a lei deve ser, no máximo, mero impedimento de realização; assim, se não há lei proibindo a arbitragem trabalhista, ela deveria ser reputada permitida.

Adotando-se, contudo, o direito positivo do Estado brasileiro como parâmetro de análise, observa-se a reticente inserção da arbitragem em relações individuais trabalhistas. Além da previsão discreta em convenção da OIT, o legislador nacional tentou elaborar sua própria "permissão", sem, contudo, acertar em suas premissas. Trata-se de disposições para os setores marítimo, portuário e desportivo e de "autorização" genérica na CLT, apreciadas a seguir.

A) Arbitragem no setor marítimo

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção do Trabalho Marítimo, ela só entrará em vigor, no plano interno, em 07 de maio de 2021. Até então, os tratados esparsos de direito marítimo do trabalho, preparados pela OIT até 2006, continuam aplicáveis.

Entre eles, um dos primeiros a dispor sobre navegação marítima é a Convenção 22, que ressalva a arbitragem da inderrogabilidade das regras de competência.[123] Trata-se de uma

---

[119] Eis a redação do § 1º do artigo 8º da CLT, introduzido pela Lei Federal n° 13.467/2017: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho".

[120] "O programa da Aliança Liberal [*vitoriosa na Revolução de 1930*] propunha pequenas transformações superficiais, como a reforma eleitoral, com o voto secreto e a justiça eleitoral, e pequenas concessões, como a anistia e o atendimento às reivindicações operárias. (...) Um programa acusado de paternalista, que procurava atribuir ao Estado a obrigação de proteger os fracos nas relações de trabalho, mas que por isso mesmo significava mais que uma simples reforma política" (RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 97). Embora o Estado de São Paulo tenha organizado juízos pontuais para disputas de trabalho rural nos anos 1920, coube à União instituir as primeiras Juntas de Conciliação e Julgamento para conflitos individuais trabalhistas, a partir de 1932 (CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 192).

[121] Eis a opinião da última instância para disputas individuais da Justiça do Trabalho, na sua mais recente apreciação da arbitragem: "[*A*] intermediação de pessoa jurídica de direito privado – 'câmara de arbitragem' – quer na solução de conflitos, quer na homologação de acordos envolvendo direitos individuais trabalhistas, não se compatibiliza com o modelo de intervencionismo estatal norteador das relações de emprego no Brasil" (TST, SbDI-I, E-ED-RR-25900-67.2008.5.03.0075, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 22/05/2015).

[122] Contra a "publicização" do direito do trabalho, cf. o item 2.2.1.

[123] "Artigo 4º. 1. Devem ser adotadas medidas apropriadas em conformidade com a legislação nacional, para garantir que o contrato de engajamento não contenha cláusula alguma pela qual as partes convenham *a priori* na derrogação das regras normais de competência de jurisdição. 2. Tal disposição não deve ser interpretada como

sinalização internacional de cabimento da arbitragem no setor; embora outros tratados da OIT, sobre trabalho marítimo ou não, cuidem de sentenças arbitrais, trata-se de um tipo diverso de arbitragem, o que será retomado no item 5.1.2.

Por ora, cabe perceber que à arbitragem no setor marítimo não se podem opor argumentos protetivos baseados na inderrogabilidade das regras de escolha do foro; a iminente denúncia "ipso jure" da Convenção 22, contudo, torna a referência mera reminiscência histórica, cedendo espaço à análise do artigo 507-A da CLT, a seguir (subitem 1.2.2-D).

B) Arbitragem no setor portuário

A Lei Federal n° 12.815/2013, que estabelece o regime de operação dos portos no país, também estipula normas para o trabalho avulso, assim entendido aquele em que o trabalhador não está vinculado a nenhum tomador de serviço específico, mas tem direito a todas as parcelas que já são garantidas aos trabalhadores com vínculo empregatício formal, como décimo-terceiro salário e férias com adicional de um terço.[124]

Nos portos, o trabalho avulso é administrado pelo OGMO, que coordena a escala de trabalhadores ativos em cada dia, zela pelo meio ambiente de trabalho, concentra os pagamentos feitos pelos tomadores de serviço e os devidos aos prestadores de serviço, aplica-lhes sanções disciplinares, organiza seus documentos e realiza seu treinamento, entre outras atribuições previstas nos artigos 32, 33 e 35 da Lei Federal n° 12.815/2013. Para disputas decorrentes dessa atuação do OGMO, as partes interessadas, se não alcançarem solução por meio de comissão paritária, poderão eleger árbitros.[125]

Há três peculiaridades na Lei dos Portos. Em primeiro lugar, trata-se de arbitragem de ofertas finais, conhecida como "baseball arbitration", em que o Tribunal não chega a

---

excluindo o recurso à arbitragem." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

[124] A equiparação de direitos entre trabalhadores avulsos e permanentes tem fundamento no artigo 7º, XXXIV, da Constituição. Em outros casos de trabalho avulso, como na movimentação de mercadorias em áreas urbanas e rurais, a Lei Federal n° 12.023/2009 determina que a organização da escala de trabalho e o pagamento dos trabalhadores seja feita pelo sindicato profissional. Para uma visualização ficcional do trabalho avulso, recomenda-se o clássico "Sindicato de Ladrões", estrelado por Marlon Brando (SINDICATO de Ladrões [*On the Waterfront*]. Direção de Elia Kazan. Columbia Pictures, 1954. 1 DVD).

[125] "Art. 37. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35. § 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais. § 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes. § 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, e o laudo arbitral proferido para solução da pendência constitui título executivo extrajudicial. § 4º As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra."

construir a norma para o caso, mas apenas escolhe, fundamentadamente, qual das propostas de solução, apresentadas – isto é, ofertadas – por cada uma das partes, será vinculante para ambas. Ao contrário do que fez na Lei da PLR, contudo, o legislador não previu a aplicação subsidiária da LBA, que, por seu turno, não se restringe à arbitragem de ofertas finais.

Em segundo lugar, ao facultar a eleição de árbitros após a frustração da solução conciliada, o legislador restringiu o trabalhador portuário à hipótese de compromisso arbitral, não sendo prevista – nos limites dessa lei específica – a inscrição de cláusula compromissória.

Em terceiro lugar, ao conceituar o laudo arbitral como título executivo extrajudicial, o artigo 37, § 3º, da Lei dos Portos contraria o padrão de qualificação da sentença arbitral como título executivo *judicial*, o qual se consagrou no direito brasileiro desde a entrada em vigor, no plano nacional, da Convenção Interamericana Sobre Arbitragem Comercial Internacional, em 1996.[126]

Dessa forma, por seu procedimento e eficácia diferenciados, a arbitragem prevista na Lei dos Portos escapa aos interesses desta tese.

C) Arbitragem desportiva

No âmbito desportivo, regulado pela Lei Federal n° 9.615/1998, conhecida como Lei Pelé, uma alteração realizada pela Lei Federal n° 12.395/2011 passou a prever a arbitragem em contratos de atletas profissionais com duas peculiaridades.[127]

Por um lado, deve haver previsão na norma coletiva, o que acrescenta um requisito à apreciação do consentimento do empregado; por outro lado, considerando que o mesmo atleta pode firmar, na relação com a mesma entidade desportiva, um vínculo trabalhista e também

[126] Atualmente, de acordo com o artigo 515 do CPC-2015, são títulos executivos judiciais: "I - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; IV - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; V - o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; VII - a sentença arbitral; VIII - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; IX - a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do exequatur à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça". Especificamente no processo do trabalho, admitem-se ainda, de acordo com o artigo 876 da CLT, "os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia".

[127] "Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva. *Parágrafo único*. A arbitragem deverá estar prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho e só poderá ser instituída após a concordância expressa de ambas as partes, mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral".

um vínculo desportivo,[128] não restou esclarecido se a arbitragem envolveria também o primeiro ou apenas o segundo.

A arbitragem desportiva, assim, interessa a esta tese, à medida que for discutido o vínculo trabalhista. Como a previsão do artigo 507-A da CLT é posterior e mais abrangente que a da Lei Pelé, a análise desse dispositivo poderá ser estendida aos contratos de atletas.

D) A inovação de 2017

Superando a limitação temática do mar, do porto e do desporto, o artigo 507-A da CLT, introduzido pela Lei Federal n° 13.467/2017, passou a reconhecer a arbitrabilidade de certos conflitos trabalhistas sem restrição de atividade econômica. Nesse esforço, não foi pioneiro, pois houve a anterior tentativa da Lei Federal n° 13.129/2015, mas, na sua vez, houve efetiva sanção presidencial.[129]

De fato, o legislador de 2017 apontou, de forma explícita, que, nos contratos individuais "cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social", poderia ser "pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996".

Em suma, a validade da cláusula compromissória teria passado a ser reconhecida com a estipulação de dois critérios: o empregado deverá propor a cláusula compromissória, ou com ela concordar expressamente; a remuneração[130] do empregado deverá ser superior ao

[128] Eis a previsão do artigo 28, § 5º, da Lei Pelé: "O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício". Enquanto o vínculo empregatício é regido pela CLT, o desportivo é regrado pela Lei Pelé, em diálogo com normas transnacionais.

[129] Na reforma da Lei Federal n° 9.307/1996, realizada pela Lei Federal n° 13.129/2015, houve tentativa de inserção do § 4º no artigo 4º, para assim dispor: "§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição". A previsão, contudo, foi vetada pelo Vice-Presidente da República, depois de ouvido o Ministério do Trabalho e Emprego, sob o seguinte argumento: "O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral". Dois detalhes legislativos são interessantes: o Vice-Presidente Michel Temer assumiria a Presidência definitivamente em 2016 e, nessa posição, sancionaria a Lei Federal n° 13.467/2017; a legislatura que produziu ambas as leis é a mesma, tendo se estendido de 2015 a 2019.

[130] No direito brasileiro, a remuneração é composta pelo salário pago pelo empregador e por todas as verbas recebidas pelo empregado, como contraprestação pelo serviço, inclusive as concedidas por terceiros, como as gorjetas e as gueltas. Para problemas práticos do critério da remuneração, cf. MALLET, Estêvão. Arbitragem em

dobro do teto do RGPS, o qual é atualizado anualmente; ao tempo do fechamento desta tese, equivalia a R$ 12.202,12.[131]

É compreensível que o legislador tenha tentado oferecer balizas mais claras para a arbitragem, em reação à resistência da Justiça do Trabalho à solução privada de disputas laborais. A redação do artigo 507-A da CLT gerou, porém, três problemas.

Em primeiro lugar, enquanto a tentativa anterior, realizada pela Lei Federal n° 13.129/2015, de inserção da arbitragem nas relações de trabalho foi feita no contexto de reforma da própria LBA, a nova modificação foi realizada no âmbito de uma reforma específica da legislação do trabalho. O "branding" legislativo, assim, foi inoportuno, pois vinculou a arbitragem a uma iniciativa que pretendia enfrentar o desemprego,[132] permitindo a divulgação da falsa ideia de que a via arbitral está relacionada ao enfrentamento da crise da própria Justiça do Trabalho.

Em verdade, se a intenção do legislador fosse retirar, do Poder Judiciário, a maioria dos conflitos trabalhistas, ele não teria condicionado a arbitragem à percepção de remuneração elevada: por exemplo, segundo as estatísticas do Governo brasileiro para o mercado de trabalho, a remuneração média dos trabalhadores regidos pela CLT, em contratos por prazo indeterminado, foi, em dezembro de 2019, R$ 2.786,48, enquanto, em dezembro de 2018, era de R$ 2.786,55;[133] enquanto isso, o salário-mínimo, a partir de 2021, será de R$ 1.100.00, conforme a MP n° 1.021/2020. Trata-se de quantias muito inferiores aos citados R$ 12.202,12, ou seja, grande parte da população empregada não pode, segundo o artigo 507-A da CLT, pactuar cláusula compromissória.

---

litígios trabalhistas individuais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 84, n. 2, p. 43-80, abr.-jun./2018, p. 47-56.

[131] Eis a previsão da Portaria n° 914 da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, de 13 de janeiro de 2020: "Art. 2º A partir de 1º de janeiro de 2020, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R$ 1.039,00 (um mil e trinta e nove reais), nem superiores a R$ 6.101,06 (seis mil, cento e um reais e seis centavos)".

[132] Eis, a título meramente exemplificativo, um trecho de reportagem contemporânea ao debate legislativo: "O Brasil é líder no número de processos trabalhistas do mundo. Em 2016, foram mais de 3 milhões de novas ações. A judicialização reflete uma legislação rígida e uma tradição que incentiva o empregado a tentar a sorte contra o empregador na Justiça. O país também é conhecido pelo farto número de sindicatos. No ano passado, havia mais de 16.500 entidades, com rendimento anual total de R$ 3,5 bilhões. Além disso, o custo de criar um posto de trabalho no Brasil supera o registrado nos países mais ricos do mundo e em outras nações grandes e subdesenvolvidas. Nesse cenário que parecia propício, o governo propôs no fim do ano passado um Projeto de Lei de uma reforma trabalhista. Os argumentos principais são modernizar a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criada em 1943, e facilitar a criação de empregos no atual cenário de crise." (LIMA, Luís. Reforma trabalhista moderniza a lei e facilita criar empregos, mas deixa lacuna. *Época*, São Paulo, 26 abr. 2017. Disponível em: https://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/04/reforma-trabalhista-moderniza-lei-e-facilita-criar-empregos-mas-deixa-lacuna.html. Acesso em: 09 nov. 2020).

[133] BRASIL. Ministério da Economia. *Relação Anual de Informações Sociais – RAIS*. Ano-base 2019. Disponível em: http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default. Acesso em: 09 nov. 2020.

Em segundo lugar, embora não se possa negar que, antes da reforma trabalhista de 2017, havia majoritária rejeição ao reconhecimento da arbitragem pela Justiça do Trabalho, o artigo 507-A da CLT, apesar de seu pretexto de explicitar o cabimento da jurisdição privada, terá o efeito de *restringir* as hipóteses de validade da cláusula compromissória. Se, antes dele, qualquer trabalhador poderia, em tese, submeter-se à arbitragem, *pois não havia lei que o vedasse*, e, ainda assim, existia resistência jurisprudencial, é certo que, a partir de sua vigência, surge um novo argumento para os "antiarbitralistas": apenas os empregados que cumpram os novos requisitos poderão incluir previsão da via arbitral em seus contratos, *porque há lei que o discipline*.[134]

Em terceiro lugar, vem uma crítica central para esta tese: o legislador de 2017 exigiu a aplicação da Lei Federal n° 9.307/1996, que é, como já analisado, a lei de arbitragem comercial. Considerando que a liberdade de escolha da lei aplicável ao mérito da disputa[135] é uma das grandes vantagens da arbitragem comercial e tem íntima relação com a própria ideia de consentimento,[136] uma controvérsia bastante evidente, na comparação com a arbitragem trabalhista, passa pelo grau distinto de autonomia, conferida às partes, para opção pelo direito, conforme aprofundado a seguir.

E) A intuição das peculiaridades trabalhistas

Inicialmente se observa que, no âmbito estritamente brasileiro, a previsão da CLT não impede a escolha de lei, pois o artigo 507-A não faz referência ao tema, limitando-se a remeter o intérprete à LBA. Esta, por sua vez, prevê que "[*p*]oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública" (LBA, art. 2º, § 1º). Nos limites do artigo 507-A, em princípio, caberia falar em liberdade de escolha do direito na arbitragem trabalhista.

Não obstante, a primeira limitação à liberdade de escolha da lei aplicável, na comparação entre arbitragem comercial e arbitragem trabalhista, reside no caráter protetivo conferido ao empregado, no âmbito da relação contratual havida com o empregador. Como o

---

[134] Sobre os ecos de legalidade estrita no direito do trabalho, cf. item 2.2.1 *infra*.

[135] MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Nova York: Cambridge University Press, 2017, p. 78-82.

[136] "If national courts are prepared (as most of them are) to recognise the principle of party autonomy in the choice of the law applicable to a contract, then, a fortiori, arbitral tribunals should also be prepared to do so. An international arbitral tribunal owes its existence to the agreement of the parties and, in applying the law chosen by the parties, an arbitral tribunal is simply carrying out their agreement" (BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2015, § 3.99).

direito do trabalho, em teoria, é construído com a perspectiva de equilibrar uma relação em que enxerga desnível econômico entre as partes,[137] a renúncia do trabalhador a determinadas disposições legais ou constitucionais pode ser considerada nula segundo o direito aplicável ao mérito da arbitragem.

Muito além da imperatividade da legislação do trabalho – por força de doutrina – ou da Constituição – por força de sua supremacia hermenêutica –, observa-se que contemporaneamente as disposições de contratação do trabalhador estão previstas em tratados de dois níveis: internacionais, como os da OIT, e os regionais, como convenções interamericanas de direitos humanos. Nesse sentido, potencial afastamento de direito trabalhista pode acarretar a responsabilização do Estado.[138]

Na realidade, existem elementos típicos da prática trabalhista que demandam atenção diferenciada do Tribunal Arbitral, sendo o mais relevante a percepção de que a disputa não se dá entre pessoas jurídicas – entre ficções, portanto – com estabelecimentos comerciais, mas envolve, em um dos polos, um indivíduo, que carrega valores protegidos universalmente, tais como a vida, a liberdade e a propriedade. Não se nega que o direito civil, ou "comum", possa proteger tais valores, mas a oposição que ora se faz não se baseia tanto no caráter privatista de determinada norma, mas, sim, na sua genética comercialista. Embora o direito do trabalho seja parte da árvore do direito privado, os ramos que o sustentam são bem distintos dos que originaram o direito comercial.

Tomando-se o contrato do atleta profissional como exemplo da distinta percepção que orienta a análise das relações de trabalho, atesta-se que, até muito recentemente, o TST permitia o manejo de "habeas corpus", para proteger a liberdade de ir e vir do atleta "preso" a

---

[137] O direito do trabalho "procura limitar duplamente a vontade privada: uma vez para tutelar a pessoa humana contra os riscos que corre a sua integridade física ou moral no exercício da sua força de trabalho (tutela do trabalho, direito assistencial), bem como contra a exploração da sua inferioridade econômica (proteção do salário, restrição ao direito de rescindir o contrato individual do trabalho, condenação do abuso de direito nas suas múltiplas formas especiais), limites esses todos baseados na *responsabilidade social*, inerente à conduta humana, não encarada como manifestação individual-isolada, mas colocada na mútua relação entre entes do mesmo grupo, como expressão de coletividade, isto é: da vida real. E outra vez para garantir a liberdade da própria vontade individual" (GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 199). Em sentido similar: "o Estado procura substituir-se, por meio delas [*as leis sociais*], ao indivíduo hipossuficiente, para fazer aquilo que ele próprio, por sua fraqueza econômica, não poderia fazer e que representa a satisfação das necessidades vitais" (CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 28).

[138] De acordo com a Opinião Consultiva n° 14/1994 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem força vinculante, qualquer dispositivo de "direito" interno que contradiga ou viole as obrigações convencionais do Estado, capaz de violar os direitos dos indivíduos sob sua jurisdição, enseja sua responsabilidade internacional. No mesmo sentido, confira-se o artigo 27 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, conforme o Decreto Presidencial n° 7.030/2009: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". A propósito, de acordo com a Opinião Consultiva n° 18/2003 da Corte IDH, também é dever do Estado proteger os direitos dos migrantes.

um contrato de emprego. Tratava-se de perspectiva que mesclava o direito de ir e vir, em sentido estrito, e a liberdade de locomoção, no sentido de estar atrelado a uma obrigação contratual;[139] em outros casos, o TST soube distinguir, de um lado, as repercussões econômicas e, de outro, o direito indisponível que lhes dá origem.[140]

O exemplo do "habeas corpus" revela que, no contrato de trabalho, confluem direitos de distinta repercussão e de multifacetada tutela,[141] a maioria dos quais, a propósito, é salvaguardada por tratados globais[142] e interamericanos de direitos humanos.[143]

---

[139] Há esclarecedor precedente da SbDI-II do TST: "O cabimento do -habeas corpus- é questão que já gerou acirrado debate nessa SBDI-2/TST. Com efeito, nos autos do HC - 1000678-46.2018.5.00.0000, prevaleceu a tese proposta pelo eminente Ministro Alexandre Luiz Ramos, secundada pela douta maioria dessa SBDI-2/TST, no sentido de que -o habeas corpus tem cabimento restrito à defesa da liberdade de locomoção primária, assim entendida como o direito de ir, vir e permanecer-. Na espécie, porém, o direito à liberdade de locomoção é abordado de forma apenas secundária, representado pela prerrogativa individual do trabalhador de prestar serviços para quem e onde bem entender. Desse modo, deve ser denegada a ordem. Ressalva de entendimento da Relatora. Agravo regimental conhecido e provido para extinguir o 'writ' sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, IV, do CPC. Liminar anteriormente concedida revogada". (TST, SbDI-II, HC 1000225-85.2017.5.00.0000, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 11/03/2019).

[140] "Não convence a alegação de que não se aplica o prazo decadencial, amparada no argumento de que o acordo judicial trata de direito indisponível (direito à saúde e à vida futura), que não pode ser objeto de transação. Afinal, no acordo não se transacionou a saúde e a vida do Autor, referindo-se o pacto celebrado, antes, à reparação pelos danos oriundos da doença ocupacional denominada silicose. A despeito das nefastas consequências causadas pela moléstia, o Autor estava ciente do ajuste pactuado na ação matriz, anuindo expressamente com os termos do acordo celebrado. Sem que o Autor ostente a condição de absolutamente incapaz (arts. 208 e 198, I, do CCB), não há como ultrapassar o óbice decorrente do descumprimento do prazo decadencial para propositura da ação rescisória com o argumento de que a pretensão é imprescritível e de que não incide a decadência. Recurso ordinário conhecido e não provido" (TST, SbDI-II, RO-10567-96.2014.5.03.0000, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 04/03/2016).

[141] "No início [*os direitos discutidos na Justiça do Trabalho*] eram quase sempre de ordem estritamente patrimonial. Créditos devidos ao empregado, por conta dos serviços prestados, não satisfeitos oportunamente pelo empregador. Importava apenas o aspecto pecuniário da relação de traba lho, como se o contrato de trabalho tivesse apenas relevância imediatamente econômica ou monetária. Eis o motivo para a CLT considerar tudo – ou quase tudo – sob o prisma da tutela condenatória, de obrigação de pagar, sem tratar, de modo expresso, de obrigações de fazer ou de não fazer, ou mesmo de decisões de natureza declaratória, constitutiva ou mandamental, aceita a existência dessa última classe. Na atualidade, no entanto, encontram-se cada vez mais pedidos decorrentes de direitos de natureza não patrimonial, ligados à pessoa do trabalhador ou do empregador pessoa natural. Ações para proteger a imagem ou o nome do empregado ou, se for o caso, do tomador de serviço, seja para proibir o seu uso não autorizado, seja para indenizar o prejudicado pelo uso indevido, já não soam como algo inusitado ou fora do comum. Em mais de uma oportunidade o Tribunal Superior do Trabalho teve de examinar a licitude do uso indevido do nome e da imagem do trabalhador" (MALLET, Estêvão. Setenta anos depois, uma nova Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 3, p. 17-32, jul./set. 2011, p. 27-28). Em sentido próximo, BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do dano moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, nº 2, abr/jun 2013, p. 17.

[142] Conforme lembra Flávia Piovesan, ao comentar a ideia de "sucessão geracional" de direitos humanos, as convenções da OIT, de cunho "social", precederam o estabelecimento de direitos individuais no plano internacional (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 74). Na verdade, tal como destaca Fábio Konder Comparato, a proteção de direitos trabalhistas integra já a primeira fase histórica de internacionalização dos direitos humanos: "Ela teve início na segunda metade do século XIX e findou com a 2ª Guerra Mundial, manifestando-se basicamente em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 67). A afirmação de direitos trabalhistas como direitos humanos, portanto, é anterior à própria Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Sobre o tema, cf. SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*].

Mais uma vez, não se nega que as relações tipicamente empresariais possam revolver ambos os tipos de direitos: contratos de depósito podem afetar o direito de liberdade, enquanto contratos de patente se aproximam da abrangência dos direitos culturais. No primeiro caso, o próprio STF já reconheceu a aplicação de convenções internacionais ao instituto do depósito[144] e suspendeu a eficácia de dispositivos de direito interno os quais previam a prisão civil por dívidas, isto é, do depositário infiel.[145] Para o segundo caso, cita-se o artigo 15 do PIDESC: "1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:[...] c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção cientifica, literária ou artística de que seja autor".[146]

Contudo, a prisão que, de forma hipotética, fosse decretada em virtude de dívida não se enquadraria na competência de um Tribunal Arbitral, mas, no máximo, a dívida propriamente dita, que, por óbvio, não se mescla com a pessoa do devedor. No caso das patentes, a criação do autor é uma "propriedade" intelectual, não se confundindo com sua força de trabalho. Assim, os direitos humanos que se interseccionam com aspectos empresariais não são necessariamente abrangidos pelo árbitro.

Seguindo na tentativa de diferenciação, imagine-se a seguinte distinção tríplice: o proprietário de uma terra; os frutos móveis dessa terra; a força de trabalho empenhada pelo proprietário ou por outrem na extração desses frutos móveis. Tanto a arbitragem que envolve um contrato de arrendamento, celebrado pelo proprietário, quanto a que abrange um contrato de distribuição dos frutos, pactuado pelo mesmo proprietário, poderiam ser enquadradas como "comerciais"; a arbitragem que soluciona disputas decorrentes da aplicação de força de trabalho humano na extração de frutos, contudo, envolvendo o trabalhador e o proprietário, demanda um lugar próprio.

A necessidade de uma perspectiva trabalhista para a arbitragem, porém, não depende apenas da participação de pessoas naturais ou de situações de fato ou de direito massificadas, até porque nada impede que indivíduos sejam parte em arbitragens comerciais e coletivas,

---

[143] De um lado, cita-se o Pacto de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969; de outro, cita-se o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966, e o Protocolo de São Salvador, de 1988.

[144] Eis os artigos 11 do PIDCP e 7 da CADH: "Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual"; "Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar".

[145] Trata-se do julgamento dos recursos extraordinários n° 349703 e 466343 e do "habeas corpus" n° 87585.

[146] Há redação similar no artigo 14 do Protocolo de São Salvador: "1. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: (...) c. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora".

como ocorre no âmbito societário nacional;[147] internacionalmente, por outro lado, o acesso do indivíduo à jurisdição internacional é a própria definição da arbitragem de investimentos, em que investidores debatem com Estados em foros internacionais. No caso da arbitragem comercial envolvendo indivíduos, porém, a pretensão em disputa não envolve, nem mesmo indiretamente, aspectos extrapatrimoniais como a vida e a liberdade, enquanto, na arbitragem de investimentos, o que o indivíduo pretende proteger é, por definição, seu próprio capital, prejudicado por decisões do Estado cujo território foi o destinatário de sua riqueza.[148]

Uma última distinção é oportuna. Em 2016, a pedido da República do Panamá, a Corte IDH emitiu a Opinião Consultiva n° 22, acerca das possibilidades de pessoas jurídicas terem acesso ao sistema interamericano de direitos humanos. O parecer do Tribunal, que também vincula o Brasil, indicou que, em regra, apenas as pessoas naturais são titulares dos direitos previstos na CADH; considerando sua inata formação, a titularidade também envolveria as comunidades indígenas e tribais. As situações de extensão de tais direitos às pessoas jurídicas são duas: os sindicatos, as federações e as confederações sindicais, conforme o artigo 8:1:a do Protocolo de São Salvador;[149] os casos em que a violação aos direitos das pessoas naturais tenha ocorrido por meio da pessoa jurídica. Em suma, nas quatro hipóteses citadas, o acesso ao sistema interamericano está garantido, mesmo se as violações nacionais tenham afetado pessoas jurídicas.

---

[147] "A recente decisão proferida na ação coletiva movida contra a Petrobrás nos EUA confirmou a vinculação dos acionistas que compraram ações da companhia no Brasil à cláusula arbitral prevista em seu estatuto social. A decisão do juiz federal de NY pôs fim, assim, à tentativa desses acionistas de levar suas pretensões contra a Petrobrás ao Judiciário norte-americano. Eles terão que submeter seus pedidos a um ou mais tribunais arbitrais a serem constituídos segundo as regras da Câmara de Arbitragem do Mercado da BMF&Bovespa. (…) [*A*] decisão invocou a recente alteração da Lei de Arbitragem feita pela Lei 13.129 de 2015, que incluiu regra expressa na lei societária vinculando todos os acionistas, inclusive dissidentes, ausentes ou que se abstiveram, à regra da maioria na adoção da arbitragem (art. 136-A). O juiz lembrou que essa regra confirma o entendimento prevalecente" (MÜSSNICH, Francisco; ABBUD, André de A. Cavalcanti. Processos contra a Petrobras deverão usar a via arbitral. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 set. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-05/processos-petrobras-deverao-usar-via-arbitral. Acesso em: 09 nov. 2020).

[148] A propósito, uma preocupação crescente é a suposta parcialidade inata do mecanismo de arbitragem de investimentos, já que, atualmente, apenas os investidores podem iniciar os procedimentos: "[*L*]as mismas empresas que reclaman, y obtienen, toda clase de derechos, por ejemplo en relación con la financiación de sus proyectos y la solución de sus diferencias con los Estados de acogida respecto de las inversiones, en un marco jurídico que les resulta muy favorable, niegan responder en forma alguna a los mandatos del Dº internacional, o lo admiten solo de forma indirecta, incluso respecto de la obligación de preservar en sus actividades los derechos humanos, comprendidos los relacionados con el medio ambiente". (ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, v. 5, n. 1, p. 87-113, 2020, p. 94-95). Tal argumento, contudo, precisa ser ponderado com o fato de os Estados disporem de poder de império sobre os investimentos em seu território, manifestando autonomamente seu poder de polícia, algo que, por óbvio, não está à disposição dos investidores.

[149] Eis a redação do dispositivo: "1. Os Estados Partes garantirão: a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente".

O parecer vinculante da Corte IDH é útil para a fixação do debate da arbitragem trabalhista, pois as disputas decorrentes da prestação de trabalho são, em regra, relacionadas ao indivíduo que nela se esforça, e é a qualificação como direito humano que desperta o cuidado desta tese. As demais hipóteses trazidas pela Corte são também relacionadas ao mundo do trabalho: os sindicatos, por óbvio; as pessoas jurídicas que se confundem com as naturais, como usualmente se verifica no caso da "pejotização"[150] ou na subcontratação das cadeias produtivas contemporâneas;[151,152] as comunidades indígenas e tribais, cuja proteção jurídica encontra atualmente sua mais vigorosa expressão na Convenção 169 da OIT, e não em um tratado da genérica ONU, conforme será aprofundado no tópico 4.2.

Portanto, sem a necessidade de se aderir a posições alarmistas que vedam totalmente a arbitrabilidade da relação trabalhista, é pertinente confrontar tópicos clássicos da arbitragem comercial – como lei aplicável, cognição do árbitro e ordem pública – com novo enfoque: o caráter de direito humano atribuído ao trabalho por força de diversas convenções internacionais e de textos constitucionais a partir do pioneiro exemplo firmado pela Constituição mexicana de 1917.

Esclarecidos os antecedentes históricos do tema e os pressupostos normativos da pesquisa, caberá ao próximo capítulo verificar condições teóricas e práticas para a arbitragem trabalhista, a partir da observação da lei em ambientes diversos do Estado.

---

[150] "(...) VÍNCULO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO FRAUDULENTA. O TRT, após exame do conjunto probatório, delimitou que a parte reclamante, no exercício da função de analista de sistemas, prestou serviços para a primeira reclamada mediante pessoalidade e subordinação de modo a caracterizar o vínculo de emprego previsto nos arts. 2º e 3º da CLT. Nesse contexto, resta evidente o intuito das reclamadas de fraudar direitos previstos na legislação trabalhista por meio de contrato firmado com pessoa jurídica constituída pela parte reclamante, cujo fenômeno é conhecido como 'pejotização'. Precedentes. (...)" (TST, 2ª Turma, AIRR-3303-50.2013.5.02.0013, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 09/10/2020).

[151] "A figura do empregador dependente, que prospera com as *redes de empresa*, é a manifestação mais evidente dessa dominação da direção por objetivos sobre o próprio poder patronal. (...) [*O*] contrato se torna um instrumento de disciplinas comuns, de normalização no sentido mais técnico do termo, do exercício do poder de direção dos dirigentes de empresa" (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 220).

[152] "[*D*]e 116 millones de personas empleadas por 50 mtns [*multinacionais*] americanas, europeas y asiáticas, solamente el 6% de ellas lo están directamente por esas empresas, quedando el 94% restante en la inquietante penumbra de la subcontratación" (ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, v. 5, n. 1, p. 87-113, 2020, p. 108)

2 A INSERÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA ARBITRAGEM

Esta tese não poderia deixar de reconhecer, como fez no primeiro capítulo, que uma apressada sujeição do contrato de trabalho à arbitragem seria incompatível com a evolução de ambos os institutos, especialmente no século XX. Realizado o resgate histórico no capítulo anterior, é necessário compreender a recentíssima revisitação, por entidades da sociedade civil *estrangeiras*, da arbitragem como mecanismo adequado para solução de disputas transnacionais envolvendo "Empresas e Direitos Humanos" (2.1), cuja aparente displicência – ou franca liberalização – em matéria de direito aplicável se confronta com a atual resistência da doutrina e da jurisprudência *nacionais* à arbitragem (2.2).

2.1 "BUSINESS AND HUMAN RIGHTS": UM CAMINHO PARA A ARBITRAGEM TRABALHISTA?

As não tão recentes, mas sempre relevantes tentativas de garantir padrões mínimos de direitos humanos no espaço transnacional receberam nova atenção em sua relação com a arbitragem, nos últimos três anos, por meio de propostas da sociedade civil. Trata-se de debate sobre caminhos para a arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos (2.1.1), porém, como sói acontecer com padrões transnacionais em geral, as mais delicadas questões de direito do trabalho passaram quase despercebidas nessas iniciativas (2.1.2).

2.1.1 Responsabilidade corporativa e direitos humanos

Uma década após a aprovação dos pactos interestatais de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – PIDCP e PIDESC, ambos de 1966 –, as Nações Unidas começaram a voltar sua atenção ao crescimento das empresas transnacionais e à necessidade de elas aderirem a padrões normativos mínimos, em um movimento com várias repercussões acadêmicas, genericamente intitulado "Business and Human Rights".[153]

[153] Tal como o autor desta tese já teve a oportunidade de explicar, "[*a*]firmar o fim do Estado diante do poder ubíquo das corporações pode soar apressado, contudo é certo que atualmente as empresas transnacionais, se não são mais poderosas que alguns países centrais, superam diversos países menos desenvolvidos em arrecadação, em mão de obra e em número de pessoas impactadas por suas decisões. Após uma longa marcha, culminando na criação das Nações Unidas em 1945, [*a*] qual garantisse a observância de padrões de direitos humanos por todos os Estados, sem relativização diante de sua soberania, o início do século XXI assiste à expansão de burocracias privadas que ignoram fronteiras e não se percebem como vinculadas aos mesmos compromissos com garantias individuais e coletivas [*aos quais os Estados aderiram*]" (FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da*

Depois de algumas experiências frustradas com códigos de conduta nos anos 1970, como os Princípios Sullivan para empresas americanas durante o regime sul-africano do "apartheid",[154] o fim da Primeira Guerra Fria, a partir de 1989, permitiu nova reflexão sobre o papel das empresas na assim chamada "governança global", que hoje se consolida na presença corporativa em debates e estruturas de organizações internacionais como a FAO, a OMS e a própria OIT. De forma emblemática, a ICC de Paris, à qual se vincula a mais prestigiada entidade de arbitragem comercial contemporânea, recebeu o "status" de observadora junto às Nações Unidas em 2019, ano em que, tal como a OIT, a ICC comemorou seu centenário.[155] Os códigos de conduta, por outro lado, adquiriram, nas últimas décadas, perfil, cada vez mais, autorregulatório e incorporaram mecanismos de denúncia e de apuração de desvios.[156]

Paralelamente, após debates espaçados na ONU, acerca das obrigações das multinacionais, o Secretário-Geral Kofi Annan, anunciou, em 1999, no Fórum Econômico Mundial, um Pacto Global, visando a engajar empresas e outras entidades no respeito a padrões já consagrados na DUDH de 1948, na Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, e na Declaração da OIT Sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998.[157]

A preocupação em efetivar direitos humanos em meio a empresas transnacionais persistiu nas Nações Unidas, na década seguinte. Em 2008, o professor John Ruggie recomendou ao Conselho de Direitos Humanos da ONU princípios que orientam a observância de direitos humanos pelas empresas, conhecidos pelas palavras-chaves "Proteger, Respeitar e Remediar". A elaboração dos Princípios da ONU Sobre Empresas e Direitos Humanos, aprovados em 2011, foi acompanhada por representantes das empresas e também da sociedade civil, o que lhes conferiu maior legitimidade, resultando em um trabalho

---

guerra: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 52-53). Sobre o tema, de modo mais amplo, cf. BILCHITZ, David; DEVA, Surya (Org.). *Human rights obligations of business*: beyond the corporate responsibility to respect? Nova York: Cambridge University Press, 2013.

[154] COMPA, Lance. Corporate social responsibility and workers' rights. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, v. 30, n. 1, p. 1-10, 2008, p. 2.

[155] DILLER, Janelle M. Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation: Experience of the International Labour Organization. *In*: BLACKETT, Adelle; TREBILCOCK, Anne. *Research Handbook on Transnational Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 329-342. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352039. Acesso em: 09 nov. 2020; ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, v. 5, n. 1, p. 87-113, 2020, p. 88-92.

[156] COMPA, Lance. Corporate social responsibility and workers' rights. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, v. 30, n. 1, p. 1-10, 2008, p. 4-5. Para um exame das iniciativas de autorregulação do mercado global de empresas de segurança internacional, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 4.

[157] A Declaração da OIT de 1998 é analisada no subitem 3.2.2-A *infra*.

robusto; como, porém, foram estruturados em documento de adesão voluntária, as críticas se concentram na dificuldade de efetiva sanção às empresas descumpridoras.[158]

Há ainda um crescente movimento de consumidores comprometidos com o boicote sistemático a fornecedores cujas cadeias produtivas deixam de observar determinados padrões de ética ou de sustentabilidade. Para além do debate sobre responsabilidade *jurídica*, a postura ativa – ou melhor, ativista – dos consumidores se insere na responsabilidade *social* corporativa.[159]

Na experiência de União Europeia, a escolha consciente encontra interrelação com as preocupações políticas dos reguladores do mercado: em novembro de 2019, apreciando reenvio prejudicial, o TJUE declarou que a aposição de selos de procedência em alimentos comerciados no território europeu e provenientes da Cisjordânia deveria "evitar que os consumidores [*fossem*] induzidos em erro quanto ao facto de o Estado de Israel estar presente [*nos*] territórios [*palestinos*] como potência ocupante e não como entidade soberana".[160] Assim, se os alimentos provierem, por exemplo, de Jerusalém Oriental, suas embalagens não poderão induzir os consumidores a pensar que sua origem seja israelense, pois a União Europeia não reconhece essa soberania sobre os territórios envolvidos na guerra de 1967.[161]

---

[158] Este parágrafo e o anterior aprofundam ideias e argumentos já publicados anteriormente pelo autor em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia: os impactos das regras da Haia para arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos. *JOTA*, São Paulo, 05 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019. Acesso em: 09 nov. 2020; FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 2.

[159] CSR, na sigla em inglês. "Codes of conduct offer a new way to advance workers' rights through private sector self-regulation using civil society vigilance, consumer buying power, and socially responsible business leadership. But human rights advocates and business promoters of CSR must keep their eyes open to a wider context. CSR can make valuable contributions to workers' rights, but CSR by itself in not enough" (COMPA, Lance. Corporate social responsibility and workers' rights. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, v. 30, n. 1, p. 1-10, 2008, p. 6).

[160] Eis o disposto no acórdão do caso C-363/18, na grafia europeia original: "O artigo 9º, nº 1, alínea i), do Regulamento (UE) nº 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os géneros alimentícios, que altera os Regulamentos (CE) nº 1924/2006 e (CE) nº 1925/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 87/250/CEE da Comissão, 90/496/CEE do Conselho, 1999/10/CE da Comissão, 2000/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, 2002/67/CE e 2008/5/CE da Comissão e o Regulamento (CE) nº 608/2004 da Comissão, lido em conjugação com o artigo 26º, nº 2, alínea a), do mesmo regulamento, deve ser interpretado no sentido de que os géneros alimentícios originários de um território ocupado pelo Estado de Israel devem conter não só a indicação desse território mas igualmente, no caso de esses géneros alimentícios provirem de uma localidade ou de um grupo de localidades que constituam um colonato israelita nesse território, a indicação dessa proveniência" (Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=220534&doclang=PT. Acesso em: 09 nov. 2020).

[161] "A vitória israelense na Guerra dos Seis Dias produziu entre o povo do país um sentimento de alívio e orgulho. Israel vencera e conquistara territórios. Toda a península do Sinai, a Faixa de Gaza, a Cisjordânia e Jerusalém estavam sob o controle israelense. O povo israelense acreditava honestamente (e crê até hoje) que a guerra de 1967 fora uma luta defensiva. Sua ação aérea esmagadora foi uma resposta a uma movimentação hostil por parte do Egito (...) A ONU se manifestou categoricamente sobre a necessidade de os israelenses se retirarem dos territórios conquistados. O governo israelense argumentou que poderia perfeitamente negociar sua saída,

A *escolha consciente* e, em consequência, o enfoque no *consumidor* parece também ser o atual caminho disponível no direito brasileiro – em oposição, por exemplo, a *sanções* efetivas e voltadas à salvaguarda do *trabalhador*. À guisa de uma lei específica sobre Empresas e Direitos Humanos, a Presidência da República editou o Decreto n° 9.571/2018, estabelecendo diretrizes para médias e grandes empresas, inclusive as estrangeiras com atividade no país. Não há penalidades em caso de descumprimento, sendo prevista, porém, a concessão do Selo "Empresa e Direitos Humanos" às companhias que voluntariamente efetivarem as disposições do decreto.

No estrangeiro, a responsabilidade social corporativa tampouco se tem transmudado em efetiva responsabilidade jurídica. Em 24 de abril de 2013, porém, um acidente de trabalho em Bangladesh serviu como inovação paradigmática nos debates sobre cadeias produtivas. Em fábricas de confecções no edifício Rana Plaza, um incêndio destruiu a parca estrutura da construção, matando mais de mil empregados e ferindo outros três mil. Como compradores das roupas ali cerzidas, figuravam grandes marcas da moda mundial, e, seguindo a comoção nacional e internacional sobre o tema, diversas irregularidades ambientais e trabalhistas foram encontradas e relacionadas ao desastre.[162]

Na tentativa de obter condenação de empresas beneficiárias finais da cadeia produtiva, especificamente das canadenses, uma ação coletiva foi proposta em Ontário, à qual a ré opôs, como matéria de defesa, seu compromisso com a responsabilidade social corporativa, materializado em códigos de conduta impostos às empresas subcontratadas em Bangladesh. Apesar de a decisão da Suprema Corte canadense, no caso Arati Rani Das *et al*. *v.* George Weston Limited *et al*., ter gerado maus incentivos às corporações, por acolher a tese defensiva e assim ratificar uma estrutura de fiscalização que não se revelou efetiva,[163] o episódio bengali serviu como passaporte para um exemplo inovador de arbitragem trabalhista transnacional.

---

mas primeiro exigia que os países árabes reconhecessem oficialmente o Estado de Israel e aceitassem abrir conversações diplomáticas sobre todos os temas do conflito" (SCALERCIO, Márcio. *Oriente Médio*: uma análise reveladora sobre dois povos condenados a conviver. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 167 e 168).

[162] CLEAN Clothes Campaign; GLOBAL Labor Justice; INTERNATIONAL Labor Rights Forum; WORKER Rights Consortium. *Model Arbitration Clauses for the Resolution of Disputes Under Enforceable Brand Agreements*. 24 jun. 2020. Disponível em: https://laborrights.org/sites/default/files/docs/%20Model%20Arbitration%20Clauses%20for%20the%20Resolution%20of%20Disputes%20under%20Enforceable%20Brand%20Agreements.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020, p. 2; YIANNIBAS, Katerina; ROORDA, Lucas. Introduction. *In*: YIANNIBAS, Katerina; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Ed.). *Human Rights in Business*: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union. Abingdon: Routledge, 2017, p. 1-6.

[163] Para um comentário detalhado do caso, cf. DOOREY, David J. *Lost in Translation*: Rana Plaza, Loblaw, and the Disconnect Between Legal Formality and Corporate Social Responsibility. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3265826. Acesso em: 09 nov. 2020.

Em verdade, nos últimos três anos, tendências convergentes entre a via arbitral e os caminhos da responsabilidade corporativa foram articuladas com contornos explícitos e precisos, cuidando de uma das três palavras-chaves dos Princípios de Ruggie: remediar.[164] Como a arbitragem tem forte tendência à uniformização e é razoavelmente independente das legislações processuais nacionais,[165] observa-se que as principais novidades buscam aproveitar ou adaptar, para questões de direitos humanos, regras procedimentais que já estão estabelecidas na prática da arbitragem comercial.

Em suma, a via arbitral emerge, contemporaneamente, como possível escoamento da responsabilidade jurídica, em experiências e iniciativas listadas a seguir.

A) Os Acordos de Bangladesh

Após o citado desastre no Rana Plaza, dois sindicatos globais, sediados na Suíça, IndustriALL Global Union e UNI Global Union, representaram os trabalhadores de Bangladesh na cerzidura de um inovador acordo com empresas do mercado da moda, beneficiárias finais das peças cujo incêndio prejudicou tantas vidas no país asiático.

O acordo de 2013 foi aceito por cerca de duzentas empresas de confecção, além de sindicatos bengalis, contando, ainda, com ONGs internacionais como testemunhas. Ao tempo em que prevê treinamento dos trabalhadores em saúde e segurança, o direito de recusa em caso de condições inseguras e inspeções periódicas às fábricas, com divulgação pública dos resultados, o acordo tomou das empresas o compromisso quinquenal de manter a cadeia produtiva e, em caso de interdição dos locais de trabalho, a manutenção de retribuição aos empregados por até seis meses. Com financiamento das empresas, uma entidade independente

[164] "If proper procedures are in place that take into account the particular interests involved in cases where substantive claims concern business-related human rights abuses, international arbitration can provide direct access in a neutral forum where national jurisdictions are unavailable or difficult to access (...). Under the UN Guiding Principles framework, States should take the appropriate steps to ensure the effectiveness of both judicial and non-judicial mechanisms. This includes international arbitration" (YIANNIBAS, Katerina. The adaptability of international arbitration: reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 36, n. 3, p. 1-18, 2018, p. 2 e 17).

[165] BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2015, § 1.01; CARMONA, Carlos Alberto; VIGORITI, Vicenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e a sua impugnação. *Revista de Processo*, vol. 91, p. 11-26, jul.-set./1998, tópico 2. Para um aprofundamento dos aspectos procedimentais da arbitragem, cf. MANGE, Flávia Fóz. *Processo arbitral transnacional*: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem. 2012. 331p. Tese (Doutorado em Direito Internacional)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

foi incumbida de inspecionar o cumprimento do acordo, cujo Comitê Diretor teve participação paritária de empregados e empregadores, sob a liderança neutra de representante da OIT.[166]

Entre 2016 e 2018, a PCA, na Haia, administrou dois procedimentos de arbitragem em virtude de cláusula compromissória prevista no Acordo de Bangladesh. Em 2018, foi realizado acordo, sem que fosse proferida sentença pelo Tribunal,[167] e o conteúdo da transação não foi divulgado.[168]

Como o primeiro acordo vigorou de 15 de maio de 2013 a 31 de maio de 2018, um acordo de transição foi celebrado em 2018, e as empresas têm migrado sua adesão para o Conselho de Sustentabilidade de Roupas Prontas,[169] entidade registrada em Bangladesh, em 20 de maio de 2020, a qual congrega empresas e sindicatos profissionais, de forma permanente, e acompanha a observância do meio ambiente de trabalho na cadeia produtiva das signatárias.[170]

---

[166] DILLER, Janelle M. Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation: Experience of the International Labour Organization. *In*: BLACKETT, Adelle; TREBILCOCK, Anne. *Research Handbook on Transnational Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 329-342. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352039. Acesso em: 09 nov. 2020; CLEAN Clothes Campaign; GLOBAL Labor Justice; INTERNATIONAL Labor Rights Forum; WORKER Rights Consortium. *Model Arbitration Clauses for the Resolution of Disputes Under Enforceable Brand Agreements*. 24 jun. 2020. Disponível em: https://laborrights.org/sites/default/files/docs/%20Model%20Arbitration%20Clauses%20for%20the%20Resolution%20of%20Disputes%20under%20Enforceable%20Brand%20Agreements.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

[167] "These two arbitrations were conducted under the Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, an agreement between global brands and trade unions created in the aftermath of the 2013 Rana Plaza building collapse in Dhaka, to establish a fire and building safety programme for workers in the textile industry in Bangladesh. The Claimants in the arbitrations were IndustriALL Global Union and UNI Global Union, two non-governmental labor union federations based in Switzerland that signed the Accord on 15 May 2013. The two Respondents were global fashion brands, equally signatories to the Accord. The Claimants commenced arbitration against the first Respondent on 8 July 2016, and against the second Respondent on 11 October 2016. The Parties agreed that the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules shall apply, the legal seat shall be The Hague, the Secretary-General of the PCA shall serve as appointing authority, and the PCA shall serve as Registry. The Parties in both arbitrations agreed that the cases, while remaining formally distinct, should be heard by one arbitral Tribunal, due to the extensive legal and factual overlap in the cases. The Tribunal was formally constituted on 3 February 2017. The Tribunal and Registry held a preliminary procedural meeting with the Parties in London in March 2017, during which they signed Terms of Appointment and discussed preliminary procedural issues. On 4 September 2017, the Tribunal constituted in the two arbitrations issued a second Procedural Order, finding the claims to be admissible and issuing directions on confidentiality and transparency. The Parties subsequently developed a confidentiality protocol. Following document production and the filing of some written submissions, the cases were suspended for settlement discussions. On 17 July 2018, the Tribunal issued termination orders following the settlement by the Parties of both sets of claims" (PERMANENT Court of Arbitration. *Annual Report 2018*. A Haia, 2018, p. 26-27).

[168] YIANNIBAS, Katerina. The adaptability of international arbitration: reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 36, n. 3, p. 1-18, 2018, p. 13.

[169] No original em inglês, Ready-Made-Garments (RMG) Sustainability Council (RSC).

[170] TRANSITION to the RMG Sustainability Council (RSC). Disponível em: https://bangladeshaccord.org/updates/2020/06/01/transition-to-the-rmg-sustainability-council-rsc. Acesso em: 09 nov. 2020; RMG Sustainability Council. Disponível em: https://www.rsc-bd.org/. Acesso em: 09 nov. 2020.

B) As Regras da Haia

Em setembro de 2017, com financiamento do Município da Haia, pesquisadores e outros profissionais com experiência em direito internacional iniciaram a elaboração de The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, com o propósito de preencher uma lacuna que enxergaram nos Princípios da ONU Sobre Empresas e Direitos Humanos: o acesso à justiça.[171]

Portanto, a expressão "Business and Human Rights Arbitration" – ou Arbitragem Envolvendo Empresas e Direitos Humanos – sugere a incorporação do direito internacional dos direitos humanos aos procedimentos arbitrais de interesse das multinacionais. Não é a primeira tentativa de articular mecanismos de sanção na nova perspectiva de "Business and Human Rights": o Código Internacional de Conduta Para Provedores de Serviços de Segurança Privada, lançado em 2010 como estratégia de autorregulação das empresas de segurança internacional, as "private military companies", refere-se expressamente aos Princípios de Ruggie e prevê a criação de sistemas de acompanhamento de denúncias de violação de direitos humanos pelos exércitos privados, favorecendo, assim, sanção eficiente contra corporações transnacionais. Em 2013, as empresas de segurança internacional fundaram a Associação do Código de Conduta – ICoCA –, com sede em Genebra, a qual tem sido alargada, para incluir novas empresas, Governos e entidades da sociedade civil.[172]

Sem a criação de novas instituições, por seu turno, as Regras da Haia refletem uma metodologia muito simples: trata-se de uma adaptação das Regras de Arbitragem da UNCITRAL. O projeto neerlandês pretende incorporar novas perspectivas à instrução e ao julgamento dos casos, o que permitirá a superação de vieses de disponibilidade, porventura enfrentados pelos árbitros de direito do comércio internacional.

---

[171] Este tópico aprofunda ideias e argumentos já publicados anteriormente pelo autor em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia: os impactos das regras da Haia para arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos. *JOTA*, São Paulo, 05 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019. Acesso em: 09 nov. 2020; FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 2. As referências são: DESIERTO, Diane. Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Public Consultation Period Open for the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 12 jul. 2019. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/. Acesso em: 09 nov. 2020; THE HAGUE Rules on Business and Human Rights Arbitration. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

[172] Sobre o ICoC, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 4.

A proposta da Haia pretende equilibrar aspectos como consentimento, escolha da lei aplicável, produção de provas e custos. Conforme seus elaboradores, o foco não são, por óbvio, procedimentos que envolvem direitos tipicamente patrimoniais exclusivos das empresas, senão o debate de violações a direitos humanos, em hipóteses diversas como: disputa entre duas empresas acerca do inadimplemento de contrato que previa a observância de padrões ambientais ou trabalhistas na cadeia produtiva; disputa entre uma companhia e um grupo prejudicado por sua atividade empresarial, como uma comunidade aborígine, uma associação de consumidores ou uma categoria profissional.

Embora a segunda possibilidade citada aproxime-se da estrutura já disponível, em alguns direitos nacionais, à tutela de direitos coletivos, as Regras da Haia poderiam integrar-se a esses mecanismos, especialmente se existentes dificuldades processuais decorrentes do local do dano, da lei aplicável ou do domicílio dos envolvidos. Em outra perspectiva, equilibram também eventual falência ou falta de independência do Poder Judiciário no foro.[173]

A versão final das Regras da Haia foi divulgada em dezembro de 2019.

C) Relatório Branco da Human Rights at Sea

Fundada em 2014, a Human Rights at Sea[174] é registrada como entidade de caridade segundo o direito do Reino Unido, atuando na divulgação do direito internacional dos direitos humanos e consequentemente na conscientização sobre sua plena aplicabilidade no mar.[175]

Em março de 2020, em parceria com o escritório Shearman & Sterling's, liderado por Emmanuel Gaillard, nome destacado da prática arbitral contemporânea, a Human Rights at Sea publicou um Relatório Branco, ressaltando a insuficiência dos foros existentes, para a proteção dos direitos humanos no mar, incluindo a ambiguidade das regras sobre bandeiras.[176]

---

[173] Comparando a arbitragem comercial com o Poder Judiciário de Estados com dificuldades institucionais, eis a opinião do professor William W. Park: "[*E*]m partes do mundo que não possuem tradição de independência do Judiciário, a comunidade dos negócios pode preferir a total inexistência de revisão judicial, assumindo os riscos de uma potencial má-conduta do árbitro como o menor dos males" (PARK, William W. Por que os Tribunais revisam decisões arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, p. 161-176, set.-dez./2004, item 2.2).

[174] Manteve-se a identificação da entidade em inglês, por se tratar de nome próprio.

[175] HUMAN Rights at Sea. *Who are we?* Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/who-are-we/. Acesso em: 09 nov. 2020.

[176] HUMAN Rights at Sea. *Arbitration as a Means of Effective Remedy for Human Rights Abuses at Sea*. 23 mar. 2020. Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2020/03/20200324-HRAS_ShearmanLLP_Arbitration_Human_Rights_White_Paper-UPDATED_20200505-ORIGINAL-SECURED.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

Defendeu, em suma, a conveniência da arbitragem como mecanismo de solução de disputas envolvendo direitos humanos no mar, incluindo os trabalhistas, em virtude da neutralidade, da flexibilidade e da possibilidade de homologação pela via da CNY-1958.[177]

D) Cláusulas Modelos de Arbitragem Para a Solução de Disputas de Acordos Executáveis de Marcas

Também em 2020, mas em junho, quatro entidades da sociedade civil prepararam as Cláusulas Modelos de Arbitragem Para a Solução de Disputas de Acordos Executáveis de Marcas.[178] Tendo o acidente bengali de Rana Plaza e os Acordos de Bangladesh como fontes materiais e as Regras da Haia como inspiração formal, as Cláusulas Modelo reforçam a percepção de que a arbitragem pode ser mecanismo adequado a questões trabalhistas nas cadeias produtivas transnacionais.

2.1.2 Direito do trabalho entre hesitação e exclusão

As iniciativas elencadas no tópico anterior ou se abstêm de tratar, de forma específica, do direito do trabalho, ou, quando o mencionam expressamente, não são precisas sobre a lei aplicável às arbitragens que se propõem a modelar.

As Regras da Haia, de 2019, não abordam especificamente o direito laboral e permitem a escolha da lei aplicável pelas partes ou, subsidiariamente, pelo Tribunal Arbitral, sem oferecer mecanismos previsíveis para casos difíceis.[179] A propósito, embora focada na solução de disputas decorrentes de tratados de direito ambiental, as Regras Optativas da PCA

---

[177] O Relatório Branco partilha a preocupação, já esposada nesta tese, de restrição da CNY-1958 a disputas comerciais, assim afastando ou prejudicando o debate sobre direitos humanos no foro arbitral. Ele releva, porém, esse risco, argumentando que, entre os 163 signatários da CNY-1958, "apenas" 45 teriam feito a reserva comercialista.

[178] CLEAN Clothes Campaign; GLOBAL Labor Justice; INTERNATIONAL Labor Rights Forum; WORKER Rights Consortium. *Model Arbitration Clauses for the Resolution of Disputes Under Enforceable Brand Agreements*. 24 jun. 2020. Disponível em: https://laborrights.org/sites/default/files/docs/%20Model%20Arbitration%20Clauses%20for%20the%20Resolution%20of%20Disputes%20under%20Enforceable%20Brand%20Agreements.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

[179] "Article 46 1. The arbitral tribunal shall apply the law, rules of law or standards designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. 2. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law which it determines to be appropriate. 3. The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so. 4. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the applicable agreement(s), if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction, including any business and human rights standards or instruments that may have become usages of trade.". Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

Para Arbitragem Envolvendo Meio Ambiente e Recursos Naturais já adotaram a mesma lacônica opção em 2001.[180]

O Relatório Branco da Human Rights at Sea, de 2020, aventura-se nas águas trabalhistas, mas se limita a dizer que os padrões existentes são suficientes, mencionando os tratados da ONU, da OIT e da OMI,[181] sem explicitar uma técnica de aplicação. As Cláusulas de Acordos Executáveis de Marcas, por seu turno, especificam os padrões que pretendem ver aplicados, mas trazem uma aparente contradição: o árbitro deve respeitar a escolha das partes, caso ela seja suficiente, para solucionar a disputa, mas pode buscar outras formas jurídicas, se necessário.[182] Na busca por parâmetros comuns de direito do trabalho e de direitos humanos, existe, nessa proposta, uma aparente confusão entre uma arbitragem independente dos Estados, mas não alheia a eles, e uma arbitragem vinculada a um regime verdadeiramente privado. Essa hesitação será abordada no capítulo 5.

Em verdade, os problemas identificados não são exclusivos das regras e cláusulas elaboradas pela sociedade civil. As mais recentes convenções internacionais com repercussão

---

[180] Eis o artigo 33 das citadas Regras: "1. In resolving the dispute, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the national and/or international law and rules of law it determines to be appropriate. 2. This provision shall not prejudice the power of the arbitral tribunal to decide a case ex aequo et bono, if the parties expressly agree thereto." PERMANENT Court of Arbitration. *Optional Rules for Arbitration ff Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*. A Haia, 2001. Disponível em: https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

[181] "The Project presented here is focused on the procedure by which human rights victims can access an effective remedy; it does not purport to change or add to existing substantive human rights law, nor would it need to. Human rights are already protected by numerous sources of international law, including the core UN human rights treaties, as well as the body of ILO and IMO instruments setting out specific labour standards". Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2020/03/20200324-HRAS_ShearmanLLP_Arbitration_Human_Rights_White_Paper-UPDATED_20200505-ORIGINAL-SECURED.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020. P. 9.

[182] "Article 5: Applicable law 1. The arbitrator shall apply the terms of the enforceable brand agreement to resolve the dispute. If the terms of the agreement provide the entire basis for an award, the arbitrator shall not go beyond the terms of the agreement. 2. If the terms of the agreement do not provide the entire basis for an award, the arbitrator shall first apply generally recognized international human rights and labor law, rules of law, or standards contained in these sources that the arbitrator determines to be relevant: a) international norms in UN human rights covenants, ILO conventions, OECD Guidelines, UN Guiding Principles, regional human rights and social charters, and other relevant instruments; b) decisions of ILO supervisory bodies (CFA, CEACR, Commissions of Inquiry); c) decisions by international tribunals such as ECHR, ECJ, ECSR, IACHR, ACJHR and others; d) consensus in decisions by national high courts; e) customary international labor law; or f) respected international labor law and labor relations scholarship. 3. After application of international human rights and labor law norms and jurisprudence, the arbitrator may apply any other relevant sources of law, rules or standards" (CLEAN Clothes Campaign; GLOBAL Labor Justice; INTERNATIONAL Labor Rights Forum; WORKER Rights Consortium. *Model Arbitration Clauses for the Resolution of Disputes Under Enforceable Brand Agreements*. 24 jun. 2020. Disponível em: https://laborrights.org/sites/default/files/docs/%20Model%20Arbitration%20Clauses%20for%20the%20Resolution%20of%20Disputes%20under%20Enforceable%20Brand%20Agreements.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020).

no DIP também oscilaram entre a hesitação sobre as relações trabalhistas e a exclusão peremptória desse ramo.[183]

A Judgments Convention, como é conhecida a Convenção da Haia Sobre o Reconhecimento e Execução de Julgamentos Estrangeiros em Matéria Civil ou Comercial, foi elaborada em 2019, mas ainda não entrou em vigor, no plano internacional. Embora ela não tenha afastado as relações empregatícias do âmbito de sua aplicação, estabeleceu critérios específicos e mais restritivos em matéria de consentimento e preclusões (artigos 5:1:e, 5:1:f, 5:1:g, 5:1:m e 5:2).[184]

Por outro lado, a Convenção das Nações Unidas Sobre Acordos de Transação Internacional Resultantes de Mediação, conhecida como Convenção de Mediação de Singapura de 2019,[185] entrou em vigor, no plano internacional, em 12 de setembro de 2020, com uma previsão explícita em seu artigo 1º: "2. This Convention does not apply to settlement agreements: (a) Concluded to resolve a dispute arising from transactions engaged in by one of the parties (a consumer) for personal, family or household purposes; (b) Relating to family, inheritance or employment law".

Antes dessas recentíssimas iniciativas, já a Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, ainda não ratificada pelo Brasil, adotara posição implicitamente restritiva acerca de sua incidência.[186] No âmbito regional, é ainda oportuno lembrar o Regulamento n° 593/2008, do Parlamento Europeu, conhecido como Roma I. Embora ele não se abstenha de examinar as possibilidades de escolha de lei em contratos consumeristas e nos trabalhistas, determinou que tal escolha, no último caso, não poderia "ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe proporcionam as disposições não derrogáveis por acordo".[187] Ao falar da proteção ao trabalhador, essa solução

---

[183] Parte dos parágrafos seguintes aprofunda ideias e argumentos já publicados anteriormente pelo autor em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. A contribuição da OIT para o direito internacional privado do trabalho: conflitos de leis, qualificação e cooperação jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Virgínia Monteiro; FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Org.). *O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil*. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 87-112.

[184] HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. A Haia, 02 jul. 2019. Disponível em: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137. Acesso em: 09 nov. 2020.

[185] Sobre o tema, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, p. 324-342, 2018.

[186] Eis a previsão de seu artigo 10: "Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinente, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto".

[187] UNIÃO Europeia. *Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*. Estrasburgo, 17 jun. 2008. Disponível em:

enfoca apenas os deveres do empregador, porém pode haver parte do direito do trabalho a qual mitiga ou mesmo reduz comparativamente os direitos trabalhistas em certo Estado, como nos casos de qualificação de determinada atividade econômica como essencial, de modo a virtualmente negar o direito de greve; essas disposições podem incidir sobre as relações de trabalho, como parte da lei aplicável, sem "proteger" o trabalhador.

Ainda, enquanto os Princípios UNIDROIT Para Contratos Comerciais Internacionais têm implicitamente um escopo de aplicação restrito,[188] os Princípios da Haia Sobre Escolha de Lei Aplicável a Contratos Comerciais Internacionais, lançados em 2015, rejeitaram sua aplicabilidade a relações empregatícias e consumeristas de forma explícita,[189] por expressa hesitação sobre a viabilidade de se considerar a liberdade de negociar cláusulas em searas laborais.[190] A opção da Haia foi seguida pelo Comitê Jurídico Interamericano, que, em 2019, no Rio de Janeiro, lançou o Guia Sobre Lei Aplicável a Contratos Comerciais Internacionais nas Américas, com expressa exclusão das relações de trabalho e de consumo.[191] Paralelamente, como já mencionado, a CNY-1958 faculta às partes restringir a aplicação do tratado às relações estritamente comerciais.

Em resumo, o direito do trabalho é omitido, evitado ou expressamente excluído de diversas iniciativas de normatização internacional, supranacional e transnacional, diante do que se observa como um receio de resistência à disposição de direitos. O tema será aprofundado, com referências doutrinárias, a seguir.

---

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=pt. Acesso em: 09 nov. 2020.

[188] Nos comentários ofertados pelo próprio UNIDROIT sobre a restrição a contratos "comerciais", "[*t*]he idea is rather that of excluding from the scope of the Principles so-called 'consumer transactions' which, within the various legal systems, are increasingly being subjected to special rules, mostly of a mandatory character, aimed at protecting the consumer, i.e. a party who enters into the contract otherwise than in the course of its trade or profession". Se a interpretação de "comercial" pretende evitar contratos desnivelados, é difícil pressupor sua aplicabilidade às relações trabalhistas, especialmente aquelas entre empregado e empregador. Para um debate sobre a qualificação da relação de trabalho, cf. o tópico 5.1 desta tese.

[189] "Article 1 - Scope of the Principles. 1. These Principles apply to choice of law in international contracts where each party is acting in the exercise of its trade or profession. They do not apply to consumer or employment contracts" (HCCH. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. The Hague, 2015. Disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135. Acesso em: 09 nov. 2020).

[190] "The Principles expressly exclude from their scope certain specific categories of contracts in which the bargaining power of one party – a consumer or employee – is presumptively weaker" (*Idem*).

[191] "The domestic legal regime on the law applicable to international commercial contracts, in relation to its scope of application and the determination of internationality, should incorporate solutions in line with the Mexico Convention, the Hague Principles and the UNIDROIT Principles, thereby excluding consumer and labor contracts while adopting a broad concept of internationality, and may further stipulate that the sole agreement of the parties may internationalize a contract, but that if no other international element is present, internal ordre public will prevail" (INTER-AMERICAN Juridical Committee. *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020).

2.2 A RESISTÊNCIA À DISPOSIÇÃO DOS DIREITOS

Em rigor, a regra instituída pelo poder constituído pode ser caracterizada como imperativa ou dispositiva,[192] de acordo com o que a lei supõe serem exigências de justiça.[193]

A oposição entre imperatividade *da norma* e disponibilidade *de direitos* é relevante para esta tese, pois a disponibilidade caracteriza a arbitrabilidade objetiva de conflitos, conforme o artigo inaugural da LBA: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Como o desenvolvimento da arbitragem privada, no século XX, serviu à solução de controvérsias comerciais,[194] a disponibilidade de direitos soa como simples demarcação do âmbito de atuação dos novos árbitros. Não é por acaso que a Lei Federal n° 13.129/2015, a pretexto de aclarar a arbitrabilidade subjetiva de disputas que envolvem ao Poder Público, explicitou que "[*a*] autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações". Nesse sentido, também esclareceu que "[*a*] arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade".[195] Em suma, aproximou a disponibilidade dos direitos com sua renunciabilidade, sem permitir ao Tribunal Arbitral afastar-se – ele próprio – do direito positivo.

Enquanto a suposta "publicização" do direito do trabalho tem afetado o estudo do escopo do direito trabalhista aplicável extraterritorialmente (2.2.1), a disposição de direitos como faceta da transação tem encontrado forte resistência na doutrina e na jurisprudência trabalhistas, sob a invocação da "ordem pública" (2.2.2).

---

[192] BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Proyecto de Codigo de Derecho Internacional Privado*. Havana: Imprenta El Siglo XX, 1925, p. 27; CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*: lezioni di diritto industriale. Milano: CEDAM, 1930, p. 22 e 25; GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 192-193; OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 143; STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. 1967. 219p. Tese (Docência Livre em Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967, p. 60.

[193] "[*C*]osì fa la legge quando vi sia probabilità che il regolamento voluto dalle parti non soddisfi alle esigenze di giustizia" (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*: lezioni di diritto industriale. Milano: CEDAM, 1930, p. 26). Isso explica por que se admite negociação de cláusulas que, conquanto diversas da lei imperativa, representem condições mais favoráveis aos trabalhadores (SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 199).

[194] DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. Marketing and selling transnational "judges" and global "experts": building the credibility of (quasi)judicial regulation. *Socio-Economic Review*, v. 8, p. 113-130, 2010; LUZZATTO, Riccardo. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States. *The Hague Academy Collected Courses*, A Haia, v. 157, p. 9-120, 1981, p. 22 e 25; MUNIZ, Petronio R. G. *Operação Arbiter*: a História da Lei n° 9.307/96 Sobre a Arbitragem Comercial no Brasil. Brasília: ITN, 2005.

[195] Trata-se da redação respectivamente dos artigos 1º, § 2º, e 2º, § 3º, da LBA.

2.2.1 "Publicização" e o lugar do direito administrativo do trabalho

Há recorrente posição doutrinária a indicar um caráter público ao direito do trabalho, seja como traço originário[196], seja como tendência de sua evolução.[197] A "publicização" associa a progressiva intervenção estatal nas relações de direito privado à transformação da norma em direito público, de modo a ressaltar sua imperatividade,[198] porém cria diversos problemas científicos para o direito do trabalho.

Inicialmente, tal vertente de pensamento, por coerência, deveria filiar-se à teoria pura do austríaco Hans Kelsen, para quem todo o direito era direito público, porque produzido ou autorizado pelo Estado, havendo, então, uma unidade metodológica no trato do direito;[199] assim, não estaria havendo "publicização" do direito privado, mas tão somente o reconhecimento do direito público como único direito possível,[200] incluindo o direito do trabalho. A seguir tal linha, o problema que se criaria, para o direito do trabalho, é que sua assunção pelo direito público implicaria a perda de sua autonomia científica, subvertendo a

---

[196] CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21; MARTINS FILHO, Ives Gandra. Remuneração, salário e indenização. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 3, 1º semestre, p. 17-27, mar./1992, p. 17; MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166, p. 127; TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 334-347. Em sentido contrário, BARRETTO PRADO, Roberto. *Tratado de direito do trabalho*, volume I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 24; MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, vol. II. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 16-17.

[197] "[*N*]ota-se, no Direito do Trabalho, o fenômeno da sua *publicização*, com a progressiva restrição da autonomia da vontade, a ponto de se dizer que, no futuro, o contrato individual de trabalho se transformará em um contrato-padrão, estatutário, oferecido às partes pelo próprio Estado ou através de convenções coletivas, para que elas, pura e simplesmente, o aceitem ou recusem" (RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 135). Caracterizando o direito do trabalho entre os ramos "recentemente 'publicizados'", GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 148. Em sentido próximo, FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 275 e 295, n. 2.

[198] Sobre a imperatividade das "leis de direito público", as quais não se confundiriam com a ordem pública, pois esta se refere a "leis de direito privado", cf. OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 145. Em sentido próximo, distinguindo leis trabalhistas de direito público e de direito privado, SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 125-126.

[199] "[*N*]ão se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista – sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado – veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* [*Reine Rechtslehre*]. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [*1985*], p. 312).

[200] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 38 e 131.

análise da disciplina à apreciação da relação com o Estado, prejudicando a apreciação da pluralidade de "fontes" não-estatais, essencial ao direito do trabalho.

Em segundo lugar, considerando a vinculação principiológica da Administração Pública à lei pré-existente, a "publicização" potencialmente tolhe a liberdade das partes, em especial, a liberdade de escolher direito fora das imposições estatais. O direito do trabalho aplicado pelo Estado sancionador, nesse sentido, não se ocupa de juízos valorativos.[201]

Em verdade, não obstante possuir elevada previsão no direito produzido pelo Estado, o direito do trabalho disciplina relações *entre particulares*. Assim, a mera regulação de certa atividade pelo poder constituído, ainda que por prescrições imperativas, não implica a modificação da sua essência; basta lembrar o exemplo do direito das famílias, o qual, embora, cada vez mais, seja formado por padrões escolhidos pelas autoridades administrativas, como o Conselho Tutelar, e judiciais, não deixa de regular o afeto *entre indivíduos*.[202]

Pensar que o Estado integre a relação jurídica entre empregado e empregador, ainda, dependeria de uma revisitação prática[203] de modelo de direito do trabalho específico do fascismo de Benito Mussolini e do Estado Novo de Getúlio Vargas, entre outras experiências que lhes são contemporâneas: o corporativismo,[204] em que as instituições estatais não apenas dirigem a produção, mas intermediam todos os conflitos entre as forças produtivas.[205] Basta

---

[201] "Talvez haja excessos de burocracia, devendo ser aprimoradas as leis de proteção. No entanto, o auditor fiscal do trabalho limita-se a exigir seu cumprimento, não sendo de sua competência direcionar sua atuação com base em juízo de valor. Deveria o legislador estancar os entraves que as leis de proteção eventualmente criam, ou mesmo eliminar excessos de burocracia, como aliás sinalizava a MP 905. Ao contrário, as MPs 027 [*927*] e 936 acabaram retirando dos auditores fiscais do trabalho parte de seus poderes, como se fossem os responsáveis por suposta legislação ultrapassada ou a Inspeção do Trabalho fosse supérflua nesses tempos bicudos" (MANNRICH, Nelson. Fiscalização do trabalho em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord.). *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 757-769, p. 768).

[202] GAMA CERQUEIRA, João da. *Sistema de direito do trabalho*, vol. 1: noções fundamentais; o direito do trabalho e a questão social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 278-279; ROCHA, Osíris. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 219; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 40; VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público, direito privado*: sob o prisma das relações jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 72 e 76.

[203] O fato de o positivismo do social-democrata Hans Kelsen não ser necessariamente justificador dos regimes nacional-socialista e fascista deixa a perspectiva de "publicização" ainda mais incoerente. Sobre a relação entre positivismo e nacional-socialismo, cf. DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/Pós-positivismo. A visão judaica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 70, p. 24-90, jan.-mar./2010, tópico 5.7.

[204] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*: lezioni di diritto industriale. Milano: CEDAM, 1930, título quarto; CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 81-85; OLIVEIRA VIANA, Francisco José de. *Problemas de direito corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983; ROMITA, Arion Sayão. *O fascismo no direito do trabalho brasileiro*: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira. São Paulo: LTr, 2001, p. 30 ss.

[205] Eis a redação da Carta brasileira de 1937: "Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências

lembrar o legado de autoritarismo desses ditadores, para perceber quão indesejável é tal perspectiva; além disso, o direito corporativista é inseparável da realidade ali produzida, pois o pressuposto dos Governos fascistas é reorganizar os indivíduos, ou melhor, as massas, tendo o direito como mero instrumento.[206]

Esse último argumento, por óbvio, não pretende tachar, como entusiastas, apoiadores ou saudosistas de qualquer tipo de regime autoritário, os que tentam observar, de forma científica, a "publicização" do direito do trabalho. Ao contrário, exatamente por confiar nos sentimentos democráticos dos autores citados no início deste tópico, afirma-se que não lhes seria adequado, como medida de coerência entre teoria do direito e prática política, defender a asfixiante assunção das relações de trabalho pelo Estado. A propósito, mesmo a democracia social depende do protagonismo dos atores econômicos, e não das repartições governamentais – eis o espírito das Convenções 87 e 98 da OIT.[207]

Entendidas as incoerências teóricas da pretensa "publicização" do direito do trabalho, é oportuno observar como a doutrina a coloca como problema normativo: enquanto Gilda Russomano enuncia que a "publicização" exigiria novo conhecimento para além do direito internacional privado, sem detalhar sua proposta,[208] Amílcar de Castro e Werner Goldschmidt mencionam o direito administrativo do trabalho, para excluí-lo do interesse do DIP.[209]

A obra de Amílcar de Castro contém duas peculiaridades que merecem destaque preliminar. Por um lado, o autor é um nacionalista na doutrina do DIP, tendendo a alargar as

---

da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estimulo ou da gestão direta. Art. 136. O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa".

[206] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo* [*The origins of totalitarianism*]. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989 [*1973*], p. 375. Em sentido próximo, comentando o direito nacional-socialista, cf. GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun./2010, p. 13; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 133.

[207] A propósito, ao apreciar o conteúdo de lei do Estado de Santa Catarina, que disciplinou piso salarial regional, o STF a reputou constitucional, à medida que elevava o patamar trabalhista, porém inconstitucional, no trecho em que determinava a participação do Governo catarinense nas negociações entre entidades sindicais, o que, segundo a Corte, viola o princípio da autonomia sindical (ADI 4364, Rel. Min. Dias Toffoli, 02/03/2011).

[208] RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 134-136.

[209] Em sentido contrário, embora não comentando especificamente o direito do trabalho: "Cada país estabelece as normas de aplicação das leis estrangeiras, independentemente de sua classificação na órbita do direito público e do direito privado. (...) [*A*] qualificação das normas não é a mesma em todos os países. O problema depende da estrutura político-jurídica de cada Estado, com a predominância ou não de princípios de interesse público, mesmo daqueles que outrora se incluíam na categoria do direito privado" (TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 418).

ressalvas metodológicas à aplicação do direito estrangeiro; por outro, ao elencar os temas da parte especial de sua obra de referência,[210] chama "indústria" o capítulo referente aos contratos de trabalho. Além de Direito Industrial consistir denominação antiquada do Direito do Trabalho,[211] o termo revela uma predisposição a enfocar o aspecto empresarial do tema.

Sem embargo de tais ressalvas, o autor, baseando-se em Kurt Kronheim, Juiz do Trabalho na Alemanha, distingue a "polícia" do trabalho das "disposições imperativas de direito privado": a primeira é a relação vertical entre o empregado e o empregador, de um lado, e o Poder Público, de outro; a segunda, a relação horizontal entre o empregado e o empregador.[212] Na relação de direito público, segundo ele, verifica-se a exigência, pela Administração, sob sanção, de que o empregador adote medidas de saúde e segurança do trabalho e não exija trabalho "além da duração regulamentar máxima, ou durante a noite, nem [*admita*] irregularmente menores, ou estrangeiros". Na relação de direito privado, em "caso de violação de disposição imperativa, é por *ação judicial* que a parte lesada deve pleitear a reparação pelo prejuízo sofrido";[213] cita, como exemplo, irregularidades na despedida sem justa causa.[214]

Feita a distinção, o autor aponta que o DIP apenas se interessaria pelas disposições de direito privado, enquanto as de direito público restariam ao direito administrativo. Há duas ressalvas a se fazer quanto à exposição de Amílcar de Castro.

Em primeiro lugar, a diferenciação entre "polícia do trabalho" e "disposições imperativas" é útil, ao estabelecer a territorialidade das matérias afeitas ao direito administrativo. Não faz sentido, todavia, indicar que o preceito previsto no regulamento estatal não seja exigível pelo próprio empregado, pois a limitação de jornada ou mesmo o estabelecimento de um meio ambiente de trabalho adequado são direitos individuais do trabalhador,[215] e o direito brasileiro admite a tutela contra o ilícito,[216] isto é, a tutela do

---

[210] Trata-se dos conceitos-quadros, como bens, obrigações e sucessões.

[211] CESARINO JR, A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 6; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 103-104. Ainda a utilizava: CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*: lezioni di diritto industriale. Milano: CEDAM, 1930.

[212] CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 173-174.

[213] *Ibid.*, p. 173. Grifos no original.

[214] "[*P*]or despedida injusta, o empregado pode obter da justiça trabalhista perdas e danos de seu empregador, sem que as autoridades administrativas do trabalho se ocupem com essa questão, que é de direito do trabalho" (CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 173).

[215] Eis a previsão do art. 7º, XXII, da Constituição: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança". No mesmo sentido, cita-se o artigo 7º do Protocolo de São Salvador, ratificado em 1999: "Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o

próprio direito.[217] Ainda que as disposições administrativas estabelecessem apenas condições coletivas de trabalho, indivisíveis por sua própria natureza, não há qualquer impossibilidade jurídica atualmente de que coletividades reclamem direitos em juízo, seja no direito brasileiro,[218] seja no direito comparado.[219]

Embora seja mais comum que o Ministério Público do Trabalho ou os sindicatos profissionais, por meio de ações coletivas, persigam a tutela específica do meio ambiente laboral, nada obsta que um empregado postule, em juízo, a restruturação de salas de trabalho em que, por exemplo, haja ruídos ou poeira tão excessivos, que prejudiquem sua própria saúde. Invocando outro exemplo brasileiro, pode-se observar que a NR-17, ato administrativo do antigo Ministério do Trabalho, estabelece disposições ambientais, mas também direitos individuais, como a pausa de dez minutos para os "teleatendentes".[220]

---

que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: (...) segurança e higiene no trabalho". Tem redação muito similar o artigo 7º:b do PIDESC.

[216] Eis a redação do artigo 497 do CPC, pacificamente aplicável ao processo do trabalho: "Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. *Parágrafo único*. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo."

[217]"A tutela jurisdicional pode ter por objetivo a proteção contra o ilícito ou contra o dano. Ato ilícito é ato contrário ao Direito. Fato danoso é prejuízo juridicamente relevante. São conceitos que não se confundem. Nada obsta, inclusive, a que o mesmo processo viabilize tutela contra o ilícito e tutela contra o dano" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 168). Eis um exemplo de aplicação prática pela SbDI-I do TST: " (...) 2. A tutela inibitória possui natureza preventiva e tem por escopo evitar a prática, repetição ou continuação do ilícito, do qual, potencialmente, surgirá o dano a direitos fundamentais. Como em todo provimento jurisdicional de natureza preventiva – quese volta para o futuro –, a tutela inibitória não dispensa o julgador de juízo de probabilidade. Entretanto, não há marco temporal que defina o juízo de probabilidade, como entendeu a Turma. 3. Efetivamente, a rigor, e considerando-se a teoria mais pura acerca da tutela inibitória, sequer seria necessária prévia violação de direito para se instalar o juízo de probabilidade. Também o caráter genérico ou abstrato da determinação não é obstáculo à concessão da tutela inibitória. Cabível, portanto, a tutela pretendida, em caráter preventivo. Recurso de embargos conhecido e provido" (TST, SbDI-I, E-ED-RR-683900-65.2009.5.09.0024, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 24/05/2019).

[218] Eis a redação do artigo 81 do CDC, que pacificamente se estende a qualquer coletividade no direito brasileiro: "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único*. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

[219] Sobre o tema, cf. ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, especialmente os capítulos 5, 10 e 11.

[220] Eis a extensa e inovadora previsão da NR-17: "5.3. O tempo de trabalho em efetiva atividade de teleatendimento/ telemarketing é de, no máximo, 06 (seis) horas diárias, nele incluídas as pausas, sem prejuízo da remuneração. (...) 5.4. Para prevenir sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores, as empresas devem permitir a fruição de pausas de descanso e intervalos para repouso e alimentação aos trabalhadores. 5.4.1. As pausas deverão ser concedidas: a) fora do posto de trabalho;b) em 02 (dois) períodos de 10 (dez) minutos contínuos;c) após os primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/telemarketing. 5.4.1.1. A instituição de pausas não prejudica o direito ao intervalo obrigatório para repouso e alimentação previsto no §1° do Artigo 71 da CLT. 5.4.2. O intervalo para

Por outro lado, nada impede que a autoridade fiscalize a observância de "direitos individuais do trabalhador" – típicos do direito privado, na linha de raciocínio exposta por Amílcar de Castro – e sancione o empregador desviante, por meio de mecanismos próprios ao direito administrativo sancionador. Além de o Brasil não excluir as disposições convencionais do escopo investigativo do Auditor Fiscal do Trabalho,[221] a já mencionada Convenção 81 da OIT incumbe à "inspeção do trabalho", carreira de Estado, verificar o cumprimento do direito internacional do trabalho, o que inclui, na maior parte dos casos, disposições aplicáveis diretamente aos contratos de trabalho.

Em suma, ainda que a distinção feita pelo autor mineiro seja útil, as disposições da polícia do trabalho podem ser inclusas no direito a ser invocado pelo empregado, ou seja, afiguram-se exigíveis no contexto da relação de trabalho,[222] portanto também se enquadram no interesse do DIP. Isso não equivale a dizer que a exigibilidade das regras ambientais trabalhistas pelo Estado deixe de ser uma relação de direito público, mas apenas que elas, uma vez atribuídas aos empregados, podem tornar-se imperativas à relação de direito privado.

Werner Goldschmidt, por seu turno, é considerado cosmopolita, especialmente por definir o DIP como "direito da tolerância". Escrevendo na Argentina dos anos 1970, porém, o autor, sem usar a mesma terminologia dos citados Juízes brasileiro e alemão, exclui do DIP a parte do direito que "se ocupa, en primer lugar, de las condiciones del trabajo, sobre todo en el establecimiento donde el trabajo se realiza, desde el ángulo visual de la salud y de la moralidad", além da "reglamentación del trabajo de mujeres y menores, del trabajo nocturno,

---

repouso e alimentação para a atividade de teleatendimento/telemarketing deve ser de 20 (vinte) minutos.5.4.3. Para tempos de trabalho efetivo de teleatendimento/telemarketing de até 04 (quatro) horas diárias, deve ser observada a concessão de 01 pausa de descanso contínua de 10 (dez) minutos. (...) 5.4.4.1. O registro eletrônico de pausas deve ser disponibilizado impresso para a fiscalização do trabalho no curso da inspeção, sempre que exigido. (...) 5.4.5. Devem ser garantidas pausas no trabalho imediatamente após operação onde haja ocorrido ameaças, abuso verbal, agressões ou que tenha sido especialmente desgastante, que permitam ao operador recuperar-se e socializar conflitos e dificuldades com colegas, supervisores ou profissionais de saúde ocupacional especialmente capacitados para tal acolhimento".

[221] Eis a redação da Lei Federal n° 10.593/2002: "Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional: I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego; II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade; III - a verificação do recolhimento e a constituição e o lançamento dos créditos referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e à contribuição social de que trata o art. 1º da Lei Complementar no 110, de 29 de junho de 2001, objetivando maximizar os índices de arrecadação; IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores; V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário; (...)".

[222] Ao comentar o art. 203 do Código Penal, que tipifica a frustração de direito assegurado por lei trabalhista, e o art. 223 da CLT, que, então vigente, previa multas ao empregador que não observasse regras de higiene e segurança do trabalho, Jorge Severiano Ribeiro, Procurador do Trabalho, defendia que as obrigações ambientais – termo contemporâneo – constituem direitos do empregado (RIBEIRO, Jorge Severiano. *Dos crimes e das infrações no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1944, p. 120-121 e 140).

del trabajo malsano, etc.".[223]As mesmas objeções se aplicam a sua tese, especialmente porque, nesse caso, Goldschmidt não fundamentou a exclusão.

Esclarecidos, de um lado, os equívocos da "publicização" e, de outro, a necessidade de atenção do DIP ao direito administrativo do trabalho, a efetiva incorporação dos padrões territoriais será retomada no tópico 4.2 desta tese.

2.2.2 A invocação da ordem pública no direito do trabalho

O direito do trabalho é caracterizado – embora não necessariamente justificado – por franca intervenção do Estado, surgida em um período histórico específico, isto é, posterior ao primeiro século de Revolução Industrial, com um conteúdo e um vocabulário bem definidos.[224] Tratando da transformação histórica do contrato de locação de serviços do direito civil no contrato de trabalho, Cesarino Jr. lembra que "[*f*]oi justamente a profunda influência exercida pelo Estado nas normas que o regulavam, *ampliando-se grandemente as de ordem pública*, o que lhe mudou completamente a fisionomia".[225] Este tópico procura compreender como um termo tão caro ao direito internacional privado, "ordem pública", tem-se manifestado nos debates sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas.[226]

A) Caminhos de uma hipérbole

Os enunciados da Súmula da Jurisprudência Uniforme do TST assumem, no contexto brasileiro, especial relevância. Além de, na vigência do artigo 927, IV, do CPC-2015, súmulas

---

[223] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 374.

[224] BARRETTO PRADO, Roberto. *Curso de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 137; PINTO, Almir Pazzianotto. *Breve História do Trabalho no Brasil*: da Colônia à Nova República. Curitiba: Genesis, 2000, p. 15; SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 146. O historiador inglês Eric Hobsbawm, a propósito, destaca que, até mesmo, palavras hoje correntes, como "indústria", "fábrica", "classe trabalhadora", "capitalismo" e "socialismo", nasceram especificamente no que ele chamou Era das Revoluções, isto é, no período entre 1789 e 1848 (HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*: Europa 1789-1848 [*The Age of Revolution Europe 1789-1848*]. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira; Marcos Penchel. 21. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007 [*1962*], p. 15).

[225] CESARINO JR, A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 69, sem grifos no original.

[226] Em sua composição plena, o TST decidiu, no mais recente uso da expressão: "não há como se legitimar, pela via da negociação coletiva, a supressão de direito definido em norma imperativa e de ordem pública, sob pena de se negar vigência, eficácia e efetividade de regras instituídas pelo Poder Legislativo, competente para tanto, e de se ofender os limites constitucionalmente oferecidos" (TST, Tribunal Pleno, IRR-21900-13.2011.5.21.0012, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 20/09/2018). Extrai-se o uso também em doutrina clássica:

terem observância obrigatória por Juízes e Tribunais no processo civil,[227] o processo do trabalho, desde a primeira redação do artigo 896 da CLT, ainda em 1943, já permitia o processamento de recursos de natureza especial[228] com base na divergência entre a decisão recorrida e o posicionamento da última instância trabalhista. Desde a Lei Federal n° 7.033/1982, é possível a interposição de recurso de revista, para o TST, com base na divergência entre a decisão recorrida e a "súmula" desse Tribunal;[229] em contraste, embora o STJ – homólogo do TST para as demais áreas do direito, à exceção do eleitoral e do militar – ,[230] também ostente um elevado número de súmulas, o recurso especial, da competência do STJ, não pode ser fundamentado em súmulas desse mesmo Tribunal.[231]

Em sua evolução histórica, as súmulas adquiriram posição luminar na doutrina e no cotidiano da prática trabalhista, indo, muitas vezes, além do que a lei conseguiu prever.[232] Tão autônomas e mandatórias se tornaram nos debates especializados, que foram objeto da reação do legislador na Lei Federal n° 13.467/2017,[233] e o STF passou a admitir, até mesmo, o controle concentrado de constitucionalidade sobre as súmulas do TST,[234] considerando – acertadamente – seu intenso vigor normativo.

---

[227] Sobre os novos usos da jurisprudência, após o advento do CPC-2015, cf. MALLET, Estêvão. Os recursos de natureza ordinária e a ordem dos processos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil frente ao processo do trabalho. *In*: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coord.). *Processo do trabalho*. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, especialmente p. 572-584.

[228] Sem a possibilidade de rediscutir as conclusões do segundo grau em matéria fática, os recursos de natureza especial ou extraordinária, no direito processual brasileiro, visam a obter a uniformização da aplicação do direito perante um dos Tribunais Superiores. O termo "natureza especial" é aqui usado da forma mais abrangente possível, como mera oposição aos recursos de "natureza ordinária".

[229] Atualmente a divergência com súmula também fundamenta a interposição de ainda outro recurso trabalhista, posterior ao processamento do recurso de revista: os embargos de divergência, previstos no artigo 894, II, da CLT, a serem julgados pela SbDI-I.

[230] Para tais matérias, há o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar.

[231] Eis a redação do artigo 105 da Constituição: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

[232] Para uma análise dos critérios – ou da falta deles – no alargamento da redação das súmulas pelo TST, cf. MARTINS FILHO, Ives Gandra. Reflexões com vistas à modernização da legislação trabalhista por ocasião dos 75 anos da Justiça do Trabalho no Brasil. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Org.). *1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Magister, 2017, p. 9-88.

[233] Eis o § 2º, acrescido ao artigo 8º da CLT pela Lei Federal n° 13.467/2017: "Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei". O legislador reformista também acrescentou à CLT um procedimento mais restritivo ao TST: "Art. 702. Ao Tribunal Pleno compete: (...) I – em única instância: (...) f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial".

[234] "AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SÚMULA 450 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ENUNCIADO DE

É oportuno, por ora, considerando ser tão grande o valor das súmulas para o processo do trabalho, que se as tome como exemplo de análise da invocação da "ordem pública" do direito brasileiro do trabalho. Nesse sentido, entre as súmulas do TST, o termo é usado, para rechaçar as negociações patrão-sindicato que envolvam adicional de periculosidade[235] e redução do intervalo intrajornada,[236] sem qualquer notícia de elemento estrangeiro. A "ordem pública", assim, surge como constrangimento a manifestações de vontade em casos de direito coletivo do trabalho, e não necessariamente de direito internacional privado do trabalho.

Mas, estando a resistência do TST focada em temas de direito coletivo do trabalho, o direito individual do trabalho enfrenta o mesmo impedimento? Sim; em verdade, as amarras sobre a negociação de condições de trabalho, diretamente entre empregado e empregador, sem a intervenção do sindicato, são ainda mais rígidas.

Conquanto mesmo as decisões simpáticas à possibilidade de disposição de direitos trabalhistas ainda reforcem o papel do Judiciário, para casuisticamente apreciar a conveniência da transação,[237] encontra-se, no STF, a maior deferência à ideia de que o empregado solitário deve ser protegido. Embora a Corte Constitucional tenha adotado, na última década, posições frontalmente contrárias à Justiça do Trabalho em temas sensíveis

---

CARÁTER NORMATIVO. CABIMENTO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ATENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. I - Viabilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada em face de enunciado de Súmula de Jurisprudência predominante editada pelo Tribunal Superior do Trabalho. II – Atendimento ao princípio da subsidiariedade, uma vez que não há instrumento processual capaz de impugnar ações e recursos que serão obstados com base em preceito impositivo no âmbito da Justiça trabalhista. III - Agravo regimental a que se dá provimento" (STF, Plenário, Agravo Regimental na ADPF 501, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE n° 295 de 17/12/2020).

[235] Eis a redação da Súmula 364, II, do TST: "Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT)".

[236] Eis a redação da Súmula 437, II, do TST: "É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva".

[237] Eis a ementa de acórdão do TRT-1, com competência territorial sobre o Rio de Janeiro, Estado que notoriamente concentra elevadas remunerações relacionadas aos mercados artístico, desportivo e petroleiro, entre outros: "O fundamento principal para justificar que os direitos trabalhistas são indisponíveis/irrenunciáveis é fulcrado na hipossuficiência/vulnerabilidade do trabalhador. E, é exatamente por isso que o próprio TST, ainda que timidamente, já vem admitindo a arbitragem nos casos em que não se vislumbra esta hipossuficiência, deixando claro que tal indisponibilidade/irrenunciabilidade não é absoluta. Fato é que nem todos os direitos trabalhistas são, a todo tempo, indisponíveis, pois, se assim o fossem, jamais poderiam ser objeto de transação ou mesmo de negociação coletiva de trabalho. Aliás, se todos os direitos gozassem de uma indisponibilidade absoluta intangível, haveria, certamente, um entrave à evolução da ordem jurídica e social. Na verdade, não há que se falar em indisponibilidade absoluta de qualquer direito em abstrato, pois é, no caso concreto, que o Judiciário vai aferir se aquele direito é ou não indisponível, analisando-o e ponderando-o com os demais direitos, princípios e normas presentes no ordenamento jurídico. (...)" (TRT-1, 5ª Turma, RO 0100228-33.2016.5.01.0207, Rel. Des. Enoque Ribeiro dos Santos, 09/05/2017).

como terceirização,[238] imunidade de jurisdição de organismos internacionais[239] e a própria competência da Justiça especializada,[240] houve, em importante julgamento, uma concessão à retórica protecionista que prevalece na doutrina e na jurisprudência laborais.[241]

De fato, ao reconhecer, ainda em 2015, a possibilidade de transação individual das verbas decorrentes de contrato de trabalho, encerrado pela adesão do empregado a plano de dispensa incentivada, o STF condicionou a validade dessa disposição de direitos a prévio acordo coletivo.[242] Assim, caso a empresa deseje prevenir litígios decorrentes da rescisão de contratos de trabalho, pode obter a quitação plena dos pactos extintos, desde que haja prévia negociação entre patrão e sindicato profissional – sem que, necessariamente, o acordo coletivo obrigue cada um dos empregados a aderir à "demissão voluntária".

Em vez de ratificar a possibilidade de transação extrajudicial entre empregado e empregador,[243] o precedente do STF criou-lhe condição não prevista expressamente em lei[244] – a prévia negociação coletiva – e ainda ratificou as dificuldades de reconhecer a autonomia

---

[238] STF, Plenário, RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, 26/04/2017; STF, Plenário, ARE 791.932, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 11/08/2018; STF, Plenário, RE 958.252, Rel Min. Luiz Fux, 30/08/2018.

[239] STF, Plenário, RE 1.034.840, Rel. Min. Luiz Fux, 05/06/2017.

[240] Eis os precedentes do Plenário do STF: RE 960.429, Rel. Min. Gilmar Mendes, 05/03/2020 (fase pré-contratual de certame para empregados públicos); ADI 3395, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 15/04/2020 (ações entre o Poder Público e seus servidores); ADI 3684, 11/05/2020, Rel. Min. Gilmar Mendes (ações criminais); RE 606.003, Rel. Min. Roberto Barroso, 28/09/2020 (ações entre partes do contrato de representação comercial).

[241] STF, Plenário, RE 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, 30/04/2015.

[242] Eis a tese de repercussão geral, que obriga todos os Juízes e Tribunais do país: "A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado" (*Idem*).

[243] A propósito, a Lei Federal n° 13.467/2017 introduziu o procedimento de homologação da transação extrajudicial, porém a jurisprudência que se tem formado tende a reforçar a possibilidade de rechaço do resultado pelo Poder Judiciário. Confira-se acórdão exemplificativo: "O propósito da Lei nº 13.467/17, ao inserir os arts. 855-B a 855-E na CLT consiste em permitir a homologação judicial de transações extrajudiciais (concessões recíprocas) acerca das verbas decorrentes da extinção do contrato de trabalho, as quais poderão prever, inclusive, cláusula de quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho. No entanto, como se depreende do art. 855-D, não cria a obrigação de o juízo homologar todo e qualquer acordo extrajudicial proposto pelas partes, notadamente quando não demonstrada a existência de concessões recíprocas ou, ainda, identificar vício de vontade ou ofensa ao ordenamento jurídico. Neste contexto, cabe, tão somente, ao Poder Judiciário homologar ou rejeitar integralmente o acordo apresentado neste procedimento de jurisdição voluntária. Assim, se não cabe ao Poder Judiciário tornar-se um mero 'homologador' de acordos em que se identifica violação a dispositivos legais ou, ainda, vícios de consentimento das partes (tendo como norte o princípio da proteção, que cerca as relações de trabalho), não deve, da mesma forma, modular seus efeitos, à revelia da vontade das partes" (TST, 5ª Turma, Ag-RR-1000201-34.2019.5.02.0064, Rel. Min. Breno Medeiros, DEJT 27/11/2020).

[244] Dois anos depois, a Lei Federal n° 13.467/2017 preveria o requisito em novo artigo da CLT: "Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes".

do empregado perante o empregador, considerando a "assimetria de poder" existente nessa relação.[245]

Alguns anos depois, o legislador reformista também foi condescendente a essa resistência e, em claro "signaling", optou por reconhecer a possibilidade de negociação individual apenas para os empregados "hipersuficientes",[246] assim considerados pelo relator da reforma, nos debates parlamentares da Lei Federal n° 13.467/2017, os descritos no novo parágrafo único do artigo 444 da CLT.[247] Em suma, o Congresso Nacional não ampliou as negociações individuais; assim como fez em relação à arbitragem, conforme comentado no item 1.2.2, a reforma, a pretexto de explicitar uma autorização no campo trabalhista, teve o efeito de restringir a livre negociação contratual a determinado tipo de empregado.[248]

No Brasil, em verdade, há crescente tendência legislativa e jurisprudencial em direção à "flexibilização" pela via da negociação coletiva, partindo do pressuposto da indisponibilidade apenas de um conjunto específico de direitos. Por meio da reforma na CLT, realizada pela Lei Federal n° 13.467/2017, acrescentaram-se os artigos 611-A e 611-B: enquanto o primeiro contempla direitos "disponíveis" ou "flexibilizáveis" pela via negocial coletiva, o segundo abrange os "indisponíveis".[249] Paralelamente, o STF tem sinalizado, embora ainda não fixado, que, à exceção dos direitos trabalhistas previstos na Constituição, os demais podem ser transacionados pelas representações sindicais.[250]

---

[245] Eis trecho da ementa do acórdão: "No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual" (STF, Plenário, RE 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, 30/04/2015).

[246] BRASIL. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. *Reunião Ordinária n° 0316/17*. Comissão Especial – PL 6787/16 – Reforma Trabalhista. Brasília, 25 abr. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/discursoDiretoCMO.asp?nuReuniao=0316/17. Acesso em: 09 nov. 2020. A fala referida é do Deputado Rogério Marinho.

[247] "Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. *Parágrafo único*. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social".

[248] A propósito, na comparação entre os textos do parágrafo único do artigo 444 e do artigo 507-A, verifica-se que o legislador usou critérios similares, mas não idênticos: no primeiro, "salário" e diploma de nível superior; no segundo, apenas "remuneração". A discrepância será retomada no tópico 4.2.

[249] BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 68; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-ives-gandra-filho1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020. P. 23.

[250] A transação intersindical do direito a horas de itinerário, previsto apenas na CLT, foi ratificada em acórdão sem repercussão geral, portanto sem vinculação do Poder Judiciário (STF, Segunda Turma, RE 895759 AgR-segundo, Rel. Min. Teori Zavascki, 09/12/2016). A ampliação de tal entendimento, em linha com o RE 590.415, foi sinalizada pelo Min. Gilmar Mendes, relator do ARE 1.121.633, com repercussão geral reconhecida, cujo julgamento, adiado por sucessivas vezes desde 2019, está atualmente previsto para 17.06.2021. A tese proposta

Curiosamente, embora persista a resistência à disposição individual de direitos *durante a relação de emprego*, reformas legislativas têm permitido o *afastamento da própria relação de emprego*: a Lei Federal n° 11.442/2007 autorizou a contratação de motoristas profissionais como autônomos, no que o STF, em 2020, reputou-a constitucional,[251] e a Lei Federal n° 13.877/2019, que promoveu reforma eleitoral, delegou à norma privada – os estatutos dos partidos políticos – o afastamento do vínculo empregatício.[252] Assim, o indivíduo, no curso de vínculo empregatício qualquer, não pode negociar direitos trabalhistas, mas o ordenamento lhe faculta iniciar um contrato cujo pressuposto é a negação mesma do vínculo empregatício, o que, por si só, afasta-lhe todos os direitos previstos na CLT.

Em suma, embora se compreenda a preocupação com a disposição de direitos trabalhistas, a invocação da ordem pública e sua correlata resistência à transação revelam-se hiperbólicas e casuísticas. Aparentemente, todos podem "dispor" dos direitos trabalhistas: o legislador, que promove reformas de reação à Justiça do Trabalho e retira parcelas devidas em decorrência do contrato de trabalho;[253] o Estado-Juiz, que decide se ratifica transações extrajudiciais ou judiciais; o empregador, público ou privado, o qual, por meio de terceirizações sucessivas, pode alocar livremente os ônus da contratação direta ou indireta de trabalhadores,[254] modificando, assim, o enquadramento sindical e a aplicabilidade de certas

---

pelo Ministro é: "Os acordos e convenções coletivos devem ser observados, ainda que afastem ou restrinjam direitos trabalhistas, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias ao direito flexibilizado na negociação coletiva, resguardados, em qualquer caso, os direitos absolutamente indisponíveis, constitucionalmente assegurados" (ARE 1.121.633 RG, Repercussão Geral – Admissibilidade, 02/05/2019).

[251] ADC 48 e ADI 3961, julgadas em abril de 2020.

[252] A nova legislação incluiu o seguinte dispositivo na Lei dos Partidos Políticos (Lei Federal n° 9.096/1995: "Art. 44-A. As atividades de direção exercidas nos órgãos partidários e em suas fundações e institutos, bem como as de assessoramento e as de apoio político-partidário, assim definidas em normas internas de organização, não geram vínculo de emprego, não sendo aplicável o regime jurídico previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quando remuneradas com valor mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral de Previdência Social. Parágrafo único. O partido político poderá ressarcir despesas comprovadamente realizadas no desempenho de atividades partidárias e deverá manter registro contábil de todos os dispêndios efetuados, sem computar esses valores para os fins do inciso I do caput do art. 44 desta Lei." No mesmo sentido, incluiu a alínea "f" no artigo 7º da CLT: "Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: (...) f) às atividades de direção e assessoramento nos órgãos, institutos e fundações dos partidos, assim definidas em normas internas de organização partidária."

[253] Esta tese não comporta o debate sobre a legitimidade da reforma empreendida pela Lei Federal n° 13.467/2017, mas nem mesmo seus apoiadores negam que grande parte de seus dispositivos reverteu frontalmente diversas súmulas do TST. Sobre o tema, cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. Um dia, talvez, haverá uma reforma trabalhista. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 493-514, fev./2019.

[254] Eis um trecho de acórdão paradigmático do STF sobre o tema: "A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, caput, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores" (STF, Plenário, RE 760.931, Rel. Min. Luiz Fux, 26/04/2017). Em sentido similar, confira-se notícia sobre o julgamento do RE 635.546: "Prevaleceu, no julgamento, o voto do ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que o entendimento do TST conflita com a decisão do Supremo na Arguição de

normas coletivas, além de prevenir a equiparação salarial. Em verdade, segundo o atual parâmetro, só quem não pode dispor dos próprios direitos é o empregado.

B) Por uma superação do entimema

A equivalência da imperatividade à ordem pública, no Brasil, não é exclusiva do direito do trabalho ou mesmo do direito processual do trabalho,[255] sendo ostentada no direito do consumidor,[256] no direito urbanístico[257], no direito administrativo[258], no direito processual civil[259] e, até mesmo, na recentíssima Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.[260]

Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324. Nesse julgamento, a Corte reconheceu a constitucionalidade da terceirização tanto da atividade-fim quanto da atividade-meio, com base nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, garantindo aos agentes econômicos a decisão sobre como estruturar a sua produção. 'Exigir que os valores de remuneração sejam os mesmos entre empregados da tomadora de serviço e da contratada significa, por via transversa, retirar do agente econômico a opção pela terceirização para fins de redução de custos (ou, ainda, incentivá-lo a não ter qualquer trabalhador permanente desempenhando a mesma atividade)', disse" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceirizados e empregados de empresa pública com mesmas tarefas podem ter salários diferentes*. Brasília, 25 set. 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452400&ori=1. Acesso em: 09 nov. 2020). Não se cita o acórdão de tal julgamento, pois, ao tempo do fechamento desta tese, não fora divulgado pelo STF.

[255] Eis a redação da Súmula 398 do TST: "Na ação rescisória, o que se ataca é a decisão, ato oficial do Estado, acobertado pelo manto da coisa julgada. Assim, e considerando que a coisa julgada envolve questão de ordem pública, a revelia não produz confissão na ação rescisória". Por outro lado, confira-se a Súmula 401: "Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária".

[256] Eis o artigo 1º do CDC: "O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

[257] Eis a redação do Estatuto das Cidades (Lei Federal n° 10.257/2001): "Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. *Parágrafo único*. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental".

[258] Eis a redação da Orientação Jurisprudencial 237, II, do TST: "Há legitimidade do Ministério Público do Trabalho para recorrer de decisão que declara a existência de vínculo empregatício com sociedade de economia mista ou empresa pública, após a Constituição Federal de 1988, sem a prévia aprovação em concurso público, pois é matéria de ordem pública".

[259] "[*E*]xcetuando-se as matérias de ordem pública, examináveis de ofício, o recurso de apelação devolve para o Órgão ad quem a matéria impugnada, que se restringe aos limites dessa impugnação" (STJ, 4ª. Turma, AgRg no REsp 1.006.105/RS, Rel. Carlos Fernando Mathias, DJe 29/09/2008)". "Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias" (STJ, 1ª. Turma, REsp 843.557/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/11/2006).

[260] Trata-se do capítulo II da Lei Federal n° 13.874/2019, sem grifos no original: "Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, *exceto normas de ordem pública*".

Confundindo-se com a estabilidade social, a expressão encontra seu lugar no direito processual penal,[261] no direito processual comum[262] e no direito internacional econômico.[263]

Entre os clássicos, Carlos Maximiliano falava em "leis de ordem pública" para a tutela do interesse da sociedade "coletivamente considerada",[264] e Clóvis Beviláqua, versado que fosse em direito internacional privado, afirmava, sem qualquer ressalva terminológica, que as nulidades previstas no Código Civil "são de ordem pública, e tiram todo o valor do ato. Por isso, podem ser alegadas independentemente de prova de prejuízo".[265] Entre os civilistas, realmente, o termo é de uso corrente, dos históricos[266] aos contemporâneos.[267]

Tal invocação, de fato, refere-se à ordem pública "interna", compondo "normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, sobre eles se alicerçando a ordem econômico-social, pelo que são, como tais, *inderrogáveis pela vontade dos indivíduos*".[268] Trata-se de um ponto de partida,

---

[261] Eis a previsão do CPP: "Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".

[262] Cita-se a controversa "suspensão de liminar", prevista no artigo 4º da Lei Federal n° 8.437/1992 como mais um privilégio para a Fazenda Pública em juízo: "Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, *e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas* (...)". Previsão semelhante encontra-se no artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança (Lei Federal n° 12.016/2009).

[263] Os artigos XX do GATT-1994 e XIV do GATS tratam da ordem pública como exceção à liberalização do comércio internacional. Para uma aplicação prática, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 3.

[264] "[*É*] evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 176).

[265] BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 245.

[266] PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*: conforme aux programme officiel des facultés de droit, tome 2ème. 9. ed. Paris: Librairie Génerale de Droit & de Jurisprudence, 1923, p. 387 e 669.

[267] "Evidentemente, quanto a esse outro conceito do bando dos quatro, a ordem pública – um tipo de situação da qual se fala tanto –, há, é claro, normas de ordem pública, sobre as cogentes; estas continuam, sem problema. O problema real do conceito indeterminado de ordem pública existe quando se fala em princípio de ordem pública – não em regra de ordem pública. A regra de ordem pública é a cogente, mas quando se fala em princípio, aí, não há definição e a tendência hoje é recusar esse emprego vago. Na verdade, devese também fazer a distinção entre ordem pública de direção – que era aquela econômica própria da primeira metade do século – e a ordem pública de proteção às pessoas mais fracas – que se reflete em muitas normas cogentes. A ordem pública de direção, encarada como princípio, deve hoje ser limitada à dignidade humana. Quando alguma norma, alguma decisão, algum contrato quebra a dignidade humana, podemos dizer que quebra o princípio de ordem pública; mas daí a extravasar para uma ordem pública de ordem econômica, já não está no mundo de hoje". (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. São Paulo, 2000. Disponível em: http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/Insuficiencias_deficiencias_e_desatualizacao.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020. P. 7).

[268] BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1982, p. 254, sem grifos no original. Em sentido similar, STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 510; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 491.

enquanto a ordem pública "externa", ou ordem pública de DIP, deve ser considerada um ponto de chegada, pois não se preocupa tanto com a lei aplicada, senão com o resultado da aplicação da lei.[269] Na análise da ordem pública de DIP, assim, examina-se a norma criada, para o caso concreto, em uma adjudicação com elementos estrangeiros.[270]

A ordem pública "interna", na plurívoca acepção que se tem examinado, pode referir-se a casos puramente internos ou aos "plurilocalizados". No direito brasileiro, a ordem pública "interna" e "externa" estão, sob interpretação histórica,[271] previstas no artigo 17 da LINDB: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". Seu uso como "cláusula geral" em casos internos, todavia, gera excessiva ambiguidade na análise da imperatividade do preceito que tutela determinado direito, na disponibilidade do mesmo direito e, em consequência, na recepção da arbitragem como mecanismo de solução de disputas envolvendo o citado direito. A Lei Brasileira de Arbitragem, nesse sentido, preocupa-se com a ordem pública "externa", quando se refere à homologação de sentença estrangeira,[272] e com a ordem pública "interna", ao tratar da escolha da lei aplicável ao mérito.[273]

---

[269] BAPTISTA, Luiz Olavo. Homologação de laudos arbitrais estrangeiros no direito brasileiro. *In*: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 97; DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 3; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 76; NIBOYET, J.-P. Le rôle de la justice internationale en droit international privé: conflit des lois. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 40, p. 153-236, 1932, p. 177; STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 512; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 491. Mais preciso que a redação da LINDB, eis o artigo 17 da Lei Suíça de DIP: "L'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse." (Disponível em: https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html. Acesso em: 09 nov. 2020). Em sentido similar, eis o artigo 5 da Convenção Interamericana Sobre Normas de DIP: "A lei declarada aplicável por uma convenção de Direito Internacional Privado poderá não ser aplicada no território do Estado Parte que a considerar manifestante contraria aos princípios da sua ordem pública".

[270] Em sentido contrário, a lei portuguesa de arbitragem permite a apreciação do resultado da sentença arbitral, sob a óptica da ordem pública internacional, ainda que o caso não contenha elementos estrangeiros. Sobre o tema, cf. PATRÃO, Afonso. Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017 (...). *Cadernos de Direito Privado*, n. 62, p. 41-67, abr.-jun./2018, especialmente p. 52-54.

[271] VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 495.

[272] "Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (...) I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional. *Parágrafo único*. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa".

[273] "Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos

Assim, com "ordem pública", a efetiva característica que a doutrina trabalhista pretende veicular, *sem se referir necessariamente a elementos estrangeiros*, é a imperatividade da norma *protetiva*, que se torna inderrogável pela vontade das partes.[274] No único uso do termo na CLT,[275] trata-se, exatamente, de normas de proteção ao mercado de trabalho da mulher – tais como a vedação à exigência de atestado médico que indique a esterilidade ou gravidez, ou a adoção de critérios discriminatórios para contratação, entre outras previsões do artigo 373-A da CLT e da Lei Federal n° 9.029/1995 –, enquanto o já citado artigo 444, ao tratar da liberdade contratual, esclarece a impossibilidade de ir além das disposições de "proteção ao trabalho", dos acordos e convenções coletivos e das normas regulamentadoras. Gama Cerqueira, a propósito, ressalta ser mais adequado falar de *inderrogabilidade* da legislação do trabalho, e não de *irrenunciabilidade* dos direitos; conforme seu argumento, o direito brasileiro do trabalho não possui dispositivo específico que vede a renúncia.[276] O tema será retomado no tópico 4.2.

É certo que há necessidade de respeito a determinados valores da ordem jurídica, até como correspondência psicológica da realidade do direito;[277] o que se tem verificado, todavia,

---

bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. (...)".

[274] A conclusão se intui da apreciação de diversas contribuições doutrinárias, publicadas em datas largamente espaçadas: BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 64; CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 28; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 167-168; GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 197; PRADO, Roberto Barretto. *Tratado de direito do trabalho*, volume I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 22; SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 482; STRENGER, Irineu. Regime jurídico de relação empregatícia em direito internacional privado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 73, p. 27-35, mai.-jun./1988; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 117 e 198. Mantém essa perspectiva, mas considera que a imperatividade não precisa vir do direito positivo, e sim dos valores "válidos por si mesmos", GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e direito do trabalho* [*Orden público y derecho del trabajo*]. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003, p. 157.

[275] "Art. 377. A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário".

[276] GAMA CERQUEIRA, João da. *Sistema de direito do trabalho*, vol. 1: noções fundamentais; o direito do trabalho e a questão social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 286. A CLT, de fato, veda negociações em fraude à lei, conforme seu artigo 9º: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação". Em sentido contrário, enxergando vedação à renúncia nesse dispositivo da CLT, CESARINO JR., A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970, p. 28. Aproximando a vedação à renúncia e à transação como sinal da ordem pública, PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. Arbitragem no direito individual do trabalho: incompatibilidade presente. PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014, p. 97-104, p. 103.

[277] "[*Q*]uando o intérprete deduz logicamente, dos princípios postos de julgamento, de conteúdo supraindividual de valor, uma conclusão, para aplicá-la a uma relação jurídica, ele o faz, não por imposição de pensamento puro, que não pode existir neste domínio, segundo as conclusões da Reflexologia e da Psicologia do inconsciente, mas essa conclusão lhe é imposta por associações e solicitações do princípio dominante de realidade, e ela conterá

na doutrina trabalhista, é o exacerbado uso da "ordem pública" e, na sequência, o alargamento das disposições positivas que se abrigariam sob esse guarda-chuva terminológico.[278] É insustentável fazer confundir com a "ordem pública" todo o direito do trabalho, sob o risco de sufocar a liberdade das atividades criativas humanas.

Mesmo Jacob Dolinger, tolerante que fosse com o uso de "ordem pública" em direito interno, esclarecia que não há propriamente "leis de ordem pública", e sim um "princípio de ordem pública", que se manifesta, assim, em três graus: em primeiro grau, como um constrangimento à autonomia da vontade, feito por normas imperativas por si mesmas; em segundo, como a recusa, pelo decididor, de lei estrangeira que o método conflitual mandou aplicar; em terceiro grau, como a rejeição de lei estrangeira já aplicada, ou de situação regida por lei estrangeira e já consumada.[279]

Como a doutrina tende a reconhecer a casuística missão do Juiz na definição de ordem pública, sem uma identificação prévia clara do conteúdo,[280] vislumbra-se risco à viabilidade da arbitragem trabalhista. Naturalmente, mesmo a arbitragem *comercial* pode deparar-se com preceitos inderrogáveis, como os que ditam a proteção à concorrência; o que se intui, entretanto, é que, enquanto a arbitragem comercial lida com tais preceitos em caráter excepcional, a arbitragem trabalhista pode ter de lidar com esse tipo normativo especial como a base de sua atuação, diante de potenciais constrangimentos do Poder Judiciário.

Dessa forma, a preocupação com a "ordem pública", no contexto de uma arbitragem trabalhista, merece aprofundamento não apenas do direito nacional do trabalho, mas da teoria do direito internacional privado, conforme se verificará no próximo capítulo.

---

tanto maior elemento de convicção e de imposição quanto maior for o seu conteúdo de realidade dominante" (CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970, p. 199).

[278] "O Direito do Trabalho, ao revés, mesmo no que se refere às suas normas tipicamente privadas, é, quase todo ele, de ordem pública e, por isso, a aplicação de suas regras é feita dentro de critérios mais ou menos estritos de territorialidade" (RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 135). No mesmo sentido: BARROS, Alice Monteiro de. Ordem pública e tutela do emprego: as dispensas individuais no ordenamento brasileiro. Dispensa coletiva e por motivos censuráveis no ordenamento jurídico europeu. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 68, n. 3, p. 56-76, jul.-dez./2002, p. 56-57.

[279] DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. 1979. 282p. Tese (Cátedra de Direito Internacional Privado)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1979, p. 40-41. Em texto posterior, o autor adaptou suas reflexões para uma ordem pública mundial, o que será tratado no item 5.2.2.

[280] *Ibid.*, p. 42. No mesmo sentido, BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1982, p. 261; RIGAUX, François. *A lei dos Juízes* [*La loi des juges*]. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [*1997*], p. 204; STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 512.

3 UMA RESPOSTA DO DIP: NORMAS DE APLICAÇÃO IMEDIATA

As propostas divulgadas, entre 2019 e 2020, para a arbitragem de direitos humanos ou especificamente para a arbitragem de direito do trabalho, examinadas no capítulo anterior, encontram suas próprias limitações quanto à escolha da lei aplicável, pois não conseguem, em rigor, aplainar a preocupação verificada na doutrina e na jurisprudência trabalhista, que, sob o epíteto de ordem pública, preocupa-se com a inderrogabilidade da legislação protetiva. Quando se transpõe o debate para o direito internacional privado, observa-se, no conceito de "normas de aplicação imediata", uma resposta doutrinária à possível necessidade de reafirmar leis trabalhistas a despeito dos elementos estrangeiros porventura existentes nas relações "plurilocalizadas" (3.1), de modo a evitar a multivocidade de "ordem pública", identificada e criticada no capítulo anterior.[281] Exatamente por se tratar de conceito atrelado às opções do direito nacional, contudo, é necessário verificar se os valores a que se destinam as proteções do foro podem ser potencialmente desviados pelos Estados (3.2).

3.1 ELEMENTOS CONCEITUAIS

A revisão da literatura e a análise de jurisprudência, feitas no capítulo anterior, revelaram que a força normativa – ou melhor, a retórica da força normativa – da ordem pública tem sido desperdiçada em dispositivos que poderiam ser tachados simplesmente "imperativos".

De fato, a negociação individual e especialmente a coletiva da qual cuidam a doutrina e a jurisprudência, ao tratarem da inderrogabilidade de preceitos trabalhistas, é *nacional*, de modo que há uma interseção entre o direito do trabalho e o direito internacional privado a explorar: quanto da ordem pública "interna" está no primeiro grau, limitando empregados, empregadores e sindicatos nacionais, e quanto está também no segundo grau, afetando as relações trabalhistas "plurilocalizadas"? Em suma, cabe esclarecer quais normas nacionais devem prevalecer mesmo diante de elementos estrangeiros.

Verifica-se, a seguir, nesse sentido, a construção doutrinária das "normas de aplicação imediata" perante juízos estatais (3.1.1) e arbitrais (3.1.2).

---

[281] Sobre a conveniência de usar o termo "lois d'application immédiate" em lugar de "lois de police et de sûreté" e de "lois d'ordre public", cf. FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 276 e 294.

3.1.1 Aplicação imediata em DIP

Embora a ideia de rejeição ao resultado de um julgamento estrangeiro possa ser encontrada nas escolas estatutárias medievais, antecessoras do atual modelo científico de direito internacional privado, a intuição de leis nacionais que se impõem perante as estrangeiras estava presente também em uma das doutrinas mais impactantes no desenvolvimento do método multilateral do direito internacional privado, isto é, a de Friedrich Carl von Savigny.

Enquanto o autor alemão, de marcante contribuição também em outras áreas da teoria jurídica e do direito privado, defendia a aplicação da lei mais afim ao domínio ou à natureza comum de cada relação jurídica, seja nacional ou estrangeira, ele também desenvolveu a tese de que essas relações são exercidas primordialmente em determinado espaço, cabendo indagar, portanto, *qual a sede de cada relação jurídica*, para, em linha com essa determinação, encontrar a lei aplicável.[282] Embora a busca da sede da relação jurídica possa implicar a vinculação ao Estado, soando uma construção datada, a proposta está, segundo Dolinger, afim ao princípio da proximidade:[283] "a sede de uma relação jurídica é justamente aquela à qual ela está mais ligada, mais conectada, mais próxima".[284]

Savigny não ignorou restrições à aplicação, pelo Juiz nacional, do direito estrangeiro. Embora defendesse que, por princípio, este devesse ser aplicado tal como o nacional, o autor tedesco lhe reconhecia duas exceções: as "leis de natureza rigorosamente positiva, coativa" e as instituições jurídicas reconhecidas no estrangeiro, mas não no direito local.[285] Sem comentar ainda Savigny, Dolinger destaca que os "grandes princípios do direito internacional privado", como a ordem pública e a instituição desconhecida, são um "freio neutralizador", um "retrocesso dos objetivos das regras de conexão, desempenhando um poder moderador, que impede a solução do conflito das leis pela escolha de uma lei inadequada, inapropriada,

---

[282] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* [*System des Heutigen Römischen Rechts*], volume VIII. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004 [*1849*], p. 117-119; SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 174; STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. 1967. 219p. Tese (Docência Livre em Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967, p. 128.

[283] Trata-se do « principe qui consiste à appliquer la loi la plus proche au rapport juridique international concret » (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995, p. 39). As regras conflituais costumam atender ora ao princípio da proximidade, ora ao da soberania (LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 196, p. 9-238, 1987).

[284] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado – Do Princípio da Proximidade ao Futuro da Humanidade. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-154, p. 150.

[285] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* [*System des Heutigen Römischen Rechts*], volume VIII. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004 [*1849*], p. 53-54.

incabível".[286] Tal como se anunciou na Introdução, esta tese parte do pressuposto de que a relação de trabalho é instituição conhecida do árbitro e que não há dúvidas sobre sua qualificação.

Savigny explicava que a distinção entre normas absolutas e supletivas – as quais se poderiam entender como imperativas e dispositivas, tal como articulado no tópico 2.2 *supra* – não era suficiente na análise dos conflitos espaciais, pois nem toda lei imperativa é "rigorosamente coativa" diante de um caso estrangeiro. Para a identificação, ou melhor, para a distinção entre as leis imperativas e as rigorosamente coativas, o jurista germânico elenca, como primeiro passo, aferir a intenção expressa do legislador, o que – ele reconhece – é raro. Como passo seguinte, o autor distingue as leis que se destinam a "garantir por normas certas o exercício dos direitos" e "são emanadas unicamente no interesse das pessoas que gozam desses direitos", como as que estipulam a incapacidade relativa, e as leis que têm, "ao contrário, seu motivo e seu objetivo fora do domínio do direito puro, entendido no sentido abstrato, de tal modo que não são feitas unicamente no interesse das pessoas titulares dos direitos". Entre estas leis, Savigny identifica as que têm um motivo moral, como a vedação à poligamia, ou outro motivo de interesse geral, tendo caráter "político, de ordem pública ou de economia política. Destas fazem parte algumas leis que restringem a aquisição da propriedade de bens de raiz por parte dos judeus [*sic*]".[287] Com esse raciocínio de Savigny, pode-se intuir que a proteção ao trabalhador seria intentada no interesse geral.

Para além da contribuição do autor alemão, atribui-se a Phocion Francescakis a estruturação do conceito de "leis de aplicação imediata", desenvolvido progressivamente a partir de "lois de police", até atingir tal nomenclatura.[288] Para o professor de raízes gregas, radicado na França, qualificar a lei interna como tal teria as seguintes consequências: a) não haveria indagação às regras conflituais, ou melhor, não haveria intermediação da regra de conflito, mas observação do alcance da lei sobre dada relação jurídica; b) o alcance da lei seria atestado unilateralmente, sem consideração pela lei estrangeira; c) esse alcance, ainda,

---

[286] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado – Do Princípio da Proximidade ao Futuro da Humanidade. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-154, p. 146.

[287] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* [*System des Heutigen Römischen Rechts*], volume VIII. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004 [*1849*], p. 55.

[288] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 148; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 67. Em doutrina francófona, persiste a sinonímia com « lois de police » (DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 2; GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses [le funambule et l'arc-en-ciel]: cours général. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 312, p. 9-488, 2005, § 255 ; LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 196, p. 9-238, 1987, p. 51).

poderia ser tanto territorial quanto pessoal, ou seja, tanto os fatos, localizados ou não no território, quanto as pessoas, dentro ou fora do território, poderiam ser atingidos por ela; d) seria rara no âmbito do direito comum, mas adquiriria maior relevância tanto maior fosse a importância dada pelo Estado à relação jurídica, "à mi-chemin entre le droit privé et le droit public".[289]

Conforme se observa, o conceito envolve o direito material[290] e assim se antecipa ao método conflitual, visando a oferecer ao adjudicador dispositivos normativos que subsidiem sua decisão, antes mesmo de ele verificar possível e hipotética incidência do direito estrangeiro.[291] Essa facilidade de "nacionalizar" o processo decisório explica, segundo Werner Goldschmidt, o sucesso do conceito: "Cualquier recurso técnico que permite a los juzgadores descartar la difícil problemática de buscar el Derecho extranjero, puede contar siempre con el más cálido aplauso de la práctica que lo empleará com incontenible avidez".[292] Essa não era, contudo, a intenção explícita de Francescakis, que, nominalmente no mínimo, reconhecia a necessidade de equilibrar as necessidades da organização do Estado e o tratamento igualitário entre a lei do foro e as leis estrangeiras atraídas pelo método conflitual, "inspirée par lês idées de liberté des relations internationales et de coordination à cet effet dês systèmes juridiques internes".[293]

Goldschmidt, contudo, entende inadequada essa construção teórica, apontando que não há, em rigor, oposição entre normas de aplicação *imediata* e *mediata*, e sim entre normas aplicáveis em virtude de regras indiretas *"onilaterais"* e *unilaterais*. Para ele, o que se chama

---

[289] FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 273-274.

[290] "São regras que, ainda que de forma peculiar, têm em vista ditar, imperativamente, a solução substancial dos casos que cabem na sua previsão, com isso delimitando, simultaneamente, o seu âmbito de aplicação espacial" (PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140, p. 24).

[291] "A tradicional ideia de equivalência das ordens jurídicas na regulamentação das situações plurilocalizadas, que constitui um corolário da concepção liberal do direito e em particular do direito privado que inspirava o pensamento de Savigny, cede crescentemente o passo à afirmação de valores ou *policies* fundamentais subjacentes às regras de um dado sistema, que não podem consentir, ao menos em certas circunstâncias, o afastamento de uma particular normação, mesmo nas relações internacionais, o que tem levado à crescente consagração de comandos a que se tem vindo a reconhecer a natureza de normas de aplicação necessária e imediata" (MOURA RAMOS, Rui Manuel. Panorama do direito internacional privado contemporâneo. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). *Novos caminhos do direito no século XXI*: direito internacional, filosofia jurídica e política, dogmática jurídica e direitos fundamentais; uma homenagem a Celso Lafer. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107-126, p. 118). Em sentido próximo, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 72.

[292] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 149.

[293] FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 275.

normas de aplicação imediata consiste apenas em leis próprias, aplicadas com base em regras indiretas unilaterais.[294]

Explica-se a terminologia: a *regra conflitual* é aquela que, em dado direito positivo nacional, não indica a solução direta da causa, mas aponta o sistema em que o adjudicador deverá buscar o direito aplicável, por isso se chama *regra indireta*; trata-se, por exemplo, do artigo 9º da LINDB.[295] Unilateralidade ou multilateralidade é técnica de redação da regra indireta, sendo ela unilateral, quando o legislador determina a aplicação do direito nacional segundo determinados critérios, cabendo ao intérprete inferir que a lei estrangeira será aplicada "a contrario sensu"; ocorreria se o legislador, em exemplo hipotético, indicasse que aos bens, situados no Brasil, aplica-se a lei brasileira. O artigo 8º da LINDB, sobre esse assunto, preferiu prever que, "[*p*]ara qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados". Como qualquer país está potencialmente incluso nessa regra, é compreensível chamá-la "onilateral".

O direito do trabalho possui uma peculiaridade. O tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros, em que pese alguns entulhos do Estado Novo limitarem o acesso de imigrantes ao emprego,[296] é exigido pela Lei Federal n° 13.445/2017[297] – que, por estabelecer *política de Estado*,[298] aproxima-se do conceito em exame. Assim, não obstante a aplicação, por exemplo, da lei estrangeira simultaneamente, em benefício de nacionais e de estrangeiros, atinja a finalidade exigida pela Lei de Migração, a aplicação da lei nacional para brasileiros e

---

[294] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 149. Tratando do unilateralismo dentro do próprio conceito de normas de aplicação imediata, com base em Baptista Machado e sem citar Goldschmidt, cf. PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140, p. 28-29. Analisando a possível "bilateralização" das normas, *Ibid*., p. 42-45.

[295] "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".

[296] Eis a previsão da CLT, em dispositivos que preservam sua redação original: "Art. 352. As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3 (três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo. (...) Art. 354. A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros, podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade, mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência e Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar. *Parágrafo único.* A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários". Há projeto de lei, na Câmara dos Deputados, visando a revogar formalmente os dispositivos citados (PL 2456/2019).

[297] "Art. 4º. Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: (...) XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória".

[298] "Art. 3º. A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: (...) XI - *acesso igualitário e livre do migrante a* serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, *trabalho*, moradia, serviço bancário e seguridade social".

da lei estrangeira para imigrantes, sendo todos empregados de um só empregador, no mesmo espaço e tempo, violaria as diretrizes da política migratória brasileira – e, em rigor, também convenções internacionais, conforme será tratado no subitem 4.1.2-C. É irrelevante, em suma, que determinada lei trabalhista preveja a aplicação apenas para nacionais, pois ela – a lei nacional – necessariamente será aplicada a estrangeiros. A despeito da reformulação de Goldschmidt, portanto, persiste a utilidade de estruturar o conceito, no mínimo, para as relações trabalhistas. A análise da incidência do conceito no direito brasileiro do trabalho será retomada no tópico 4.2. Por ora, cabe compreender as normas de aplicação imediata como *normas nacionais cuja imperatividade o Estado impõe a relações privadas "plurilocalizadas", sempre que estas se enquadrem em um instituto de interesse governamental*.

Nesse aspecto, embora se observe tendência de enquadrar as leis trabalhistas como normas de aplicação imediata,[299] essa posição é aparentemente contraditória: se o critério é o da maior proteção possível, então, elas não necessariamente são imediatas,[300] isto, é, se há uma norma estrangeira que pode ser mais protetiva, o decididor pode não aplicar a nacional.

Nesse contexto, o artigo 8º do Regulamento n° 593/2008 do Parlamento Europeu sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, conhecido como Roma I, aponta uma sequência para a determinação da lei que regula contratos individuais de trabalho: a lei do local de prestação habitual do contrato; em sua falta, a lei do local a partir do qual se presta habitualmente o trabalho; sendo indeterminadas as duas primeiras, a lei do país em que situado o estabelecimento contratante. Há duas ressalvas a essa série: se houver uma conexão mais próxima com outro país, diferente dos encontrados nas opções indicadas, será aplicada a lei desse país; as partes do contrato podem escolher uma lei, desde que tal escolha não tenha, "como consequência, privar o trabalhador da protecção que lhe proporcionam as disposições não derrogáveis por acordo, ao abrigo da lei que, na falta de escolha", seria aplicável.[301] O

---

[299] DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 4; FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974; GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 312, p. 9-488, 2005, § 256; LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 196, p. 9-238, 1987, p. 51 ; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Mondialisation, Juridiction, Arbitrage: Vers des Regles d'Application "Semi-Necessaire?" *Global Jurist Advances*, v. 2, n. 2, art. 5, 2002.

[300] GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 312, p. 9-488, 2005, § 258; ZAMORA CABOT, Francisco Javier. El esquema estatal de fuentes del derecho laboral internacional. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 58, p. 71-100, 1980, p. 93-94.

[301] UNIÃO Europeia. *Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*. Estrasburgo, 17 jun. 2008. Disponível em:

problema é que o próprio Regulamento considera que o "conceito de 'normas de aplicação imediata' deverá ser distinguido da expressão 'disposições não derrogáveis por acordo' e deverá ser interpretado de forma mais restritiva".[302] Como já indicado no item 2.1.2, todavia, o direito do trabalho não se resume às disposições protetivas, antes se revela, em muitos casos, como constrangimento a certas liberdades públicas, como a de associação.

Em verdade, o caráter protetivo de determinadas leis, como as consumeristas, fomenta certo debate doutrinário, que distingue as *normas de aplicação imediata*, de um lado, das *regras materiais especiais de DIP*, de outro. Enquanto as primeiras podem regular tanto situações internas quanto "plurilocalizadas", as segundas se dirigiriam especificamente a questões privadas com elementos estrangeiros.[303]

Em caminho similar, a superação das regras de conexão, ou melhor, a coexistência com o método conflitual pode também dar espaço ao reconhecimento de soluções materiais para situações puramente transnacionais; nesse conceito, por exemplo, poderia ser inclusa a "lex mercatoria",[304] o corpo de regras substantivas, e não processuais ou conflituais,[305] gestado pelas práticas comerciais reiteradas, sem referência a qualquer ordem jurídica estatal pré-determinada e aplicado paulatinamente pelos Tribunais Arbitrais a partir da segunda metade do século XX.[306]

Na comparação entre normas de aplicação imediata e regras especiais de DIP, esta tese destaca que, em rigor, (a) ambas são substantivas, (b) ambas coexistem com o método conflitual, embora a arbitragem possa ofuscar a importância deste em comparação com a solução judiciária, e (c) elas agem em momentos diferenciados no processo de determinação da lei aplicável. De fato, é possível imaginar normas de aplicação imediata em meio às regras especiais, isto é, em um confronto de regras especiais integrantes de sistemas diversos, pode

---

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=pt. Acesso em: 09 nov. 2020.

[302] Trata-se do § 37 dos considerandos (*Idem*).

[303] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 68, n. 81; PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140, p. 19.

[304] MOURA RAMOS, Rui Manuel. Panorama do direito internacional privado contemporâneo. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). *Novos caminhos do direito no século XXI*: direito internacional, filosofia jurídica e política, dogmática jurídica e direitos fundamentais; uma homenagem a Celso Lafer. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107-126, p. 118-119.

[305] HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 109. Em sentido contrário, por considerar que a "lex mercatoria" constituiria também um direito transnacional conflitual na arbitragem, cf. MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 150.

[306] Sobre os antecedentes históricos da contemporânea "lex mercatoria", cf. MICHAELS, Ralf. Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship. *Texas Law Review*, v. 90, p. 259-268, 2012.

haver a incidência de normas de aplicação imediata de um deles, de modo que "normas de aplicação imediata" são muito mais um conceito operacional que propriamente um conjunto pré-definido de regras. O tema será retomado no capítulo 5.

Há, em suma, uma relação "nacional-estrangeiro" entre as regras nacionais e as regras materiais especiais de DIP – ainda que produzidas pelo mesmo Estado –, atraindo o método conflitual. Caberá ao adjudicador decidir se as normas de aplicação imediata pertencerão ao sistema "nacional" ou ao sistema "estrangeiro". Como o critério antitético "nacional-estrangeiro" depende da vinculação a um foro, é necessário observar como a doutrina da arbitragem se preparou para o debate sobre normas de aplicação imediata.

3.1.2 Do foro ao árbitro

Seja pela marcha do procedimento, seja pelo direito aplicável ao mérito da disputa, a arbitragem pode ser conduzida inteiramente alheia ao direito doméstico;[307] no direito brasileiro, a propósito, "nacional" ou "estrangeira" é qualidade da sentença arbitral, mas não tanto da arbitragem em si.[308]

Nesse contexto, ainda que o árbitro não tenha um foro específico – e, em consequência, todas as leis lhe sejam "estrangeiras" –,[309] a doutrina e a prática tentam estabelecer parâmetros mais claros para a determinação da lei aplicável.[310] Se, porém, na arbitragem *comercial*, "os árbitros não criam necessariamente soluções do nada, mas passam a observar quais as regras jurídicas que compõem o repertório do sistema jurídico que sejam mais adequadas às expectativas *negociais* no plano transnacional",[311] que elementos justificadores se deverão procurar em uma arbitragem especificamente *trabalhista*?

---

[307] LUZZATTO, Riccardo. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States. *The Hague Academy Collected Courses*, A Haia, v. 157, p. 9-120, 1981, p. 26.

[308] Eis a redação do artigo 34, parágrafo único, da LBA: "Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional".

[309] GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, § 1517.

[310] "[*O*] que a *praxis* tem revelado é que os árbitros procuram estabelecer critérios para o exercício desse 'arbítrio', senão para excluí-lo, ao menos para escondê-lo" (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 19, p. 31-49, out.-dez./2008, item 2.1). Admitindo a impossibilidade de precisar a aplicação das normas de aplicação imediata na arbitragem, BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005.

[311] MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 19, p. 31-49, out.-dez./2008, item 3, sem grifos no original.

Na arbitragem comercial, como a "aplicação extraterritorial [*da norma de aplicação imediata*] se justifica pelo fato que ela produz consequências diretas no território do Estado que a adotou",[312] o árbitro poderia verificar se a norma possui vínculos estreitos com o litígio. A proposta enfrenta suas limitações práticas quando confrontada com a questão da "lex arbitri": quando necessária uma tutela de urgência no curso da arbitragem, com sede no Brasil, o Tribunal expedirá carta arbitral para um dos órgãos da Justiça do Trabalho. Como esperar que um dos juízos trabalhistas acolha o pedido de cooperação judicial, sem que examine a potencial incidência de legislação supostamente obstativa da arbitrabilidade mesma da disputa, conforme examinado no subitem 2.2.2-A? No mesmo sentido – e em um exemplo ainda mais provável –, como um Juiz do Trabalho acolherá preliminar de convenção de arbitragem ou mesmo de coisa julgada,[313] quando se vir diante de cláusula compromissória ou de sentença arbitral que não pretende aplicar ou não aplicou as leis que a doutrina e a jurisprudência reiteradamente reputam ser de ordem pública, conforme examinado no subitem 2.2.2-B?

Não soa adequado, no entanto, que se confunda novamente a ordem pública interna e a externa. É certo que "a arbitragem não pode passar a ser o modo de resolução de litígios destinado aos contratos ilícitos",[314] mas é radical estipular, como faz o Código Civil francês,[315] que qualquer matéria que interesse à ordem pública não será arbitrável. O direito brasileiro escapou dessa armadilha: a redação original do artigo 25 da LBA comprometia, até mesmo, o julgamento incidental de questão atinente a direitos indisponíveis,[316] mas o dispositivo foi revogado pela Lei Federal n° 13.129/2015.

Em verdade, o fundamento original das normas de aplicação imediata deixa evidente o interesse do Estado, e não necessariamente das partes. Sua vinculação à ideia de foro, assim, é coerente com uma perspectiva de jurisdição exercida por agentes públicos. Quando se

---

[312] DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 27.

[313] A litispendência internacional, meio caminho entre a cláusula compromissória e a sentença arbitral como possíveis hipótese de extinção do feito sem resolução de mérito (CPC, art. 485, V e VII), não é óbice ao regular trâmite de demandas no processo judiciário do trabalho, assim como, de modo geral, no processo civil brasileiro.

[314] DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 15.

[315] Eis o artigo 2.060, sem grifos no original: "On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics *et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre".

[316] "Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. *Parágrafo único*. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem".

transpõe o conceito para a arbitragem, porém, o debate se desloca da *necessidade* de seguir a política do foro para a *conveniência* de o Tribunal Arbitral estar atento às regras imperativas.

Há duas perspectivas estratégicas nesse sentido: por um lado, a arbitragem privada internacional adquiriu sua economicidade[317] e respeitabilidade contemporâneas, por demonstrar a capacidade de respeitar as normas de aplicação imediata. De forma paradigmática, no caso Mitsubishi *v.* Soler Chrysler-Plymouth [473 U.S. 614 (1985)], a Suprema Corte dos Estados Unidos esclareceu a possibilidade de os árbitros decidirem a aplicação das normas de aplicação imediata,[318] facilitando a ampliação da arbitrabilidade de disputas sobre direitos com proteções especiais.[319] Assim, enquanto os Tribunais Arbitrais tiverem deferência pelas escolhas legislativas estatais, o Estado terá deferência pelas sentenças dos árbitros, o que é importante para eventuais medidas sub-rogatórias.

Por outro lado, o próprio decisor privado deve sentir a necessidade de proteger a sentença que prolatará.[320] Enquanto um Juiz estatal dificilmente seria punido, na esfera administrativa, em virtude de decisões jurisdicionais,[321] um árbitro perderia futuras indicações

---

[317] "A finalidade de uma arbitragem denota neutralidade política e processual que pode ser comprometida se a parte vencedora tiver de, necessariamente, litigar novamente perante o Poder Judiciário. Sem a finalidade, partes envolvidas em negócios internacionais podem não ter alternativa confiável diante da insegurança em relação a tribunais de países terceiros ou em face da perceptível parcialidade legal da 'justiça doméstica' da parte adversária. Não havendo possibilidade de arbitragem vinculante, alguns negócios não serão consumados. Outros serão concluídos somente a preços elevados, refletindo os riscos de uma potencial adjudicação tendenciosa" (PARK, William W. Por que os Tribunais revisam decisões arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, p. 161-176, set.-dez./2004). Contrariando um entusiasmo inicial de que a arbitragem seria menos custosa, há atualmente uma forte tendência a considerar que a arbitragem não é necessariamente mais barata que a solução judiciária, mas, por ter menos – ou, na maioria dos casos, não ter – instrumentos de impugnação de mérito e por prover uma decisão vinculante esmiuçada, tem o efeito prático de prevenir maiores custos aos litigantes. Sobre o tema, cf. MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Nova York: Cambridge University Press, 2017, p. 3-5; OLIVEIRA, Elsa Dias de. *Arbitragem voluntária*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2020, p. 22-23.

[318] DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, itens 13-15; MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 151.

[319] BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005, item III:E; SHEHATA, Ibrahim Mohamed Nour. Application of overriding mandatory rules in international commercial arbitration: an empirical analysis. *World Arbitration and Mediation Review*, v. 11, n. 4, p. 383-418, 2017.

[320] BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005, item III:F; DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, itens 16 e 29; HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 112-113; MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 19, p. 31-49, out.-dez./2008, item 1; STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. *Revista dos Tribunais*, v. 606, p. 9-12, abr./1986, item 3.

[321] Embora a anulação de decisões judiciais por falta de fundamentação possa prejudicar a ascensão profissional do Juiz em sua carreira, os Magistrados brasileiros adquirem, três anos após sua posse em virtude de concurso público, vitaliciedade e inamovibilidade, de modo a assegurar sua independência em relação a influências

para Tribunais Arbitrais, se não demonstrasse ser capaz de antever problemas no cumprimento da sentença em seu território ou na homologação da sentença, quando exportada. Esse argumento sequer precisa adentrar o debate sobre a responsabilidade civil do árbitro, ou seja, não é um problema jurídico-positivo – o árbitro possivelmente sancionado pelo direito estatal –, mas comportamental – o árbitro porventura boicotado pela "comunidade" arbitral.

É preciso esclarecer que essa percepção não confunde *tecnicamente* as normas de aplicação imediata com a ordem pública de DIP. Seja pelo artigo 39 da Lei Brasileira de Arbitragem, seja pelo artigo V:2:b da CNY-1958, a sentença arbitral estrangeira pode ter sua homologação obstada, se seu reconhecimento ou sua execução forem contrárias à ordem pública de DIP – externa, internacional, de terceiro grau. Em rigor, os dispositivos citados não cuidam das leis aplicadas, isto é, ao órgão estatal homologador – no Brasil, o STJ – não cabe fazer um inventário das normas citadas e das normas abandonadas pelo Tribunal Arbitral e assim condicionar a homologação necessariamente à aplicação efetiva de tais ou quais leis. O âmbito de incidência da LBA e da CNY-1958 reflete a preocupação com o *resultado da sentença arbitral*.[322]

Como ambos os dispositivos citados foram gestados para a arbitragem comercial, sua incidência no direito do trabalho deve ser, no mínimo, interpretada diversamente. O cuidado no âmbito trabalhista – já sugerido desde o capítulo 1 – é que, por se tratar de direito que afeta a pessoa do trabalhador,[323] a linha entre a *lei aplicada* e o *resultado da aplicação* torna-se mais fugidia.

---

externas. Se bem fundamentado nas técnicas de distinção ou de superação, mesmo o afastamento de precedentes obrigatórios é admitido (CPC, art. 489, § 1º, VI, *a contrario sensu*).

[322] Sem comentar os dispositivos ora analisados, confira-se a lição de Baptista Machado sobre a ordem pública nessa hipótese: "Quando se fala, porém, em o. p. internacional, tem-se geralmente em vista evitar os resultados chocantes a que se teria conduzido através do jogo normal das próprias regras de conflitos (escritas ou elaboradas por via interpretativa) – e o carácter chocante desses resultados somente ganha corpo no momento da aplicação, combinado o conteúdo normativo da lei material chamada com as circunstâncias do caso (...) [*T*]oda a ação preclusiva da o. p. incide directa e unicamente sobre os *efeitos jurídicos* que, para o caso, defluem da lei estrangeira, não sobre esta *lei em si mesma*" (BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1982, p. 259 e 269-270).

[323] "O direito do trabalho não é, no seu fundo, apenas um direito obrigacional. É, antes de tudo, direito entre *pessoas*, distinguindo-se, porém, do direito de família pelo grau de intensidade das relações pessoais, bem como pela temporariedade e precariedade dos mútuos laços pessoais. Aproxima-se, simultaneamente, do direito obrigacional e, talvez ainda mais, do direito comercial por vincular e entrelaçar pessoas para um *fim econômico*: o produto do trabalho mediante a prestação de serviços economicamente apreciáveis (...) Não é, todavia, unilateral o laço pessoal entre empregador e empregado. O titular do capital, possibilitando a realização do trabalho mediante os recursos patrimoniais, postos à disposição para um determinado fim econômico, acha-se *duplamente* vinculado ao homem, incumbido de executar o trabalho por sua própria energia humana: pela *tutela da personalidade individual* – valor cultural-social, fora de comércio – e pela *responsabilidade social* – limite fundamental da ação do cidadão na coletividade" (GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São

Um exemplo dramático – a ser examinado adiante, com vagar, no tópico 4.2 – são os contornos dados pelo direito brasileiro à redução de trabalhadores à condição análoga à escravidão. Embora previstos na legislação criminal, os critérios têm potencial efeito sobre as condições de trabalho, que, por sua vez, dependem da lei a ser aplicada. Uma sentença arbitral que ratificasse uma escravidão é tão obviamente ofensiva à ordem pública quanto improvável de existir no século XXI; mais complexo, porém, é antever a sorte de uma sentença arbitral que aplique a lei estrangeira e permita, por exemplo, uma vigilância no local de trabalho a qual a lei brasileira repute ostensiva, conforme o artigo 149, § 1º, II, do Código Penal.[324]

Outro elemento da CNY-1958 que desperta cuidados no procedimento de recepção da sentença arbitral estrangeira é que hipotéticos impedimentos à arbitrabilidade subjetiva ou à objetiva podem fundamentar a impugnação;[325] o terreno, na arbitragem trabalhista, torna-se fértil para os "antiarbitralistas", seja para impugnar o efetivo consentimento do trabalhador, seja para buscar lei que restrinja a possibilidade de arbitragem trabalhista. Em resumo, caberia ao árbitro antecipar-se a possíveis objeções sobre a arbitrabilidade da disputa, sobre as leis aplicáveis e, no conjunto, sobre as chances de sucesso da sentença arbitral ao redor do mundo.

Existe, no entanto, o problema de saber o limite razoável dessa prolepse arbitral. No caso da arbitragem trabalhista, devem-se observar as leis do domicílio do autor, onde lhe é conveniente receber os valores pecuniários porventura deferidos pelo Tribunal, ou as leis dos países em que se encontrem os bens da empresa, em que a sub-rogação das obrigações reconhecidas pelos árbitros será eventualmente tentada em juízo? No contexto das cadeias produtivas, devem-se examinar as leis do domicílio da beneficiária final, ou as leis territoriais da prestação do serviço subordinado?

Paulo: Saraiva, 1944, p. 195). A esse propósito, Bustamante dividia os direitos do homem, dentro do Estado, em sociais e políticos, e subdividia os primeiros entre os voluntários/pessoais, que afetam apenas as pessoas que os exercitam, como o contrato, e os necessários/estáticos, que transcendem seu resultado a toda a ordem social, como o poder familiar, que ele denominava "patria potestad" (BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Proyecto de Codigo de Derecho Internacional Privado*. Havana: Imprenta El Siglo XX, 1925, p. 21-22).

[324] "Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (...) § 1° Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (...)".

[325] Eis a redação do artigo V da CNY-1958: "1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; (...) 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; (...)".

Os exemplos citados demonstram que o problema das normas de aplicação imediata *estrangeiras* na arbitragem parece ser puramente prático, isto é, "consequencialista". Em rigor, para o árbitro, a aplicação necessária de determinada lei deveria decorrer da vontade das partes, pois a própria arbitragem é fundada no consentimento dos litigantes à jurisdição do Tribunal privado.[326]

Assim, se as partes tiverem escolhido a lei brasileira, para reger o mérito da disputa, incidem as normas de aplicação imediata deste país. Se, porém, um trabalhador brasileiro e um empregador português escolherem a lei angolana, em que medida a vinculação do árbitro à escolha das partes o impedirá de ponderar as normas de aplicação imediatas do Brasil e de Portugal?

Em suma, as normas de aplicação imediata, segundo a doutrina de DIP, operam em momento pré-conflitual, isto é, anteriormente à ativação do mecanismo das regras de conflito; na arbitragem, contudo, parece estarem mais próximas da etapa conflitual, porque vinculadas a uma perspectiva consequencialista. Não se trata, para o árbitro, de perquirir a justiça material necessariamente, mas, sim, de antever a superveniência de óbices dos foros interessados.

Em deferência a Werner Goldschmidt, cuja doutrina se analisou no item anterior, é interessante observar que sua maior crítica ao método das normas de aplicação imediata parece ser neutralizada pelo que se caracteriza como uma *exigência de prolepse ao Tribunal Arbitral*. Para o autor radicado na Argentina, com a doutrina das normas de aplicação imediata, "se elige entre la concepción apriorística y la *a posteriori* del orden público internacional la primera, que es chauvinista, mientras que la segunda es cosmopolita".[327]

A exploração dessa ponderação é pertinente em nome da coerência metodológica que se deve exigir do autor da tese. Se ela se orienta pelo cosmopolitismo, deve-se compreender a ressalva de Goldschmidt como uma crítica a um método que, em teoria, não se preocuparia com nenhum elemento estrangeiro. A arbitragem transnacional, contudo, como já referido, é, por definição, sensível a todos os elementos estrangeiros, porque, em rigor, o Tribunal

---

[326] "O árbitro deve permanecer politicamente neutro e não deve ser leal às normas imperativas de um país determinado. Em outras palavras, ele não tem a função de garantir a ordem pública de um Estado específico. Em contrapartida, como o poder de decisão do árbitro encontra a sua origem na vontade das partes, essa vontade e essa autonomia são primordiais para o árbitro. O árbitro deve raciocinar levando em consideração a liberdade contratual e os seus limites. Trata-se da antiga questão sobre as relações entre a liberdade de escolha do foro e as leis de aplicação imediata" (DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 9).

[327] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 150.

Arbitral não tem leis "nacionais" a invocar para si: ora depende da escolha das partes, ora depende do destino que se dará a sentença.

Assim, na arbitragem, infere-se que a apreciação das normas de aplicação imediata não é exclusiva de um método apriorístico, mas oscila entre duas perguntas: "qual lei devo aplicar antes de examinar elementos estrangeiros?" convive pendularmente com "qual lei, considerada estrangeira no país de recepção da sentença, implicará, se aplicada, afastamento das normas que esse país reputa como ordem pública?".

Por fim, observa-se que, além das normas de aplicação imediata dos sistemas estatais, há ainda a defesa doutrinária de uma "ordem pública transnacional" na arbitragem comercial, de modo que os Tribunais Arbitrais poderiam aplicar, de modo imperativo e sem a escolha das partes, determinado preceito ético ou jurídico, conforme o consenso da comunidade de negócios; haveria, desse modo, parâmetros internacionais, como o combate à lavagem de dinheiro, à discriminação religiosa ou racial e à escravidão, os quais serviriam como impedimento, até mesmo, à autonomia das partes.[328]

Que o juízo estatal, porque integrante do Estado, seja vinculado ao direito internacional já é bem estabelecido; o que a doutrina da ordem pública transnacional sugere é que mesmo a arbitragem, desvinculada que seja do foro, pode sofrer a influência das escolhas dos Estados quanto aos padrões internacionais,[329] como os regulamentos monetários.[330]

Embora o tema da ordem pública transnacional seja retomado no item 5.2.2 adiante, cabe examinar, desde já, os riscos que as convenções *internacionais* representam para a construção doutrinária das normas de aplicação imediata, seja no juízo estatal, seja na arbitragem. Eis o que se realiza, sob análise econômica, a seguir.

---

[328] BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005, item IV:B; DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 31; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, § 1517; MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153.

[329] Essa influência enfrenta também suas dificuldades: "The difficulties with transnational public policy are, first, for parties, the evidentiary difficulty in establishing a given principle's universality; and second, for arbitrators, uncertainty as to the degree of universal acceptance required before the principle becomes 'truly international'" (BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005, item IV:B).

[330] DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 237-267, p. 248.

3.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL

Se as normas de aplicação imediata são aquelas "cuja aplicação é necessária para a salvaguarda da organização política, social *e econômica* do país",[331] não é difícil intuir a pertinência de uma aproximação entre Direito e Economia. Após uma exposição do método da análise econômica do direito e uma explicação de sua aplicação ao direito internacional (3.2.1), apresentam-se problemas práticos do conceito de normas de aplicação imediata (3.2.2).

3.2.1 Bases para análise

Embora a análise econômica do direito tenha se estabelecido, já há algumas décadas, em escolas americanas e europeias, ainda se trata de metodologia de incipiente repercussão na academia brasileira, especialmente para o direito internacional.[332]

A) O método da AED

Já em seu <u>*Sistema de ciência positiva do direito*</u>, Pontes de Miranda usava conceitos de Vilfredo Pareto e fórmulas matemáticas, para explicar suas ideais sobre codificação,[333] no contexto de uma investigação potencialmente corretiva do direito.[334] Para além desse pontual precedente, a invocação da metodologia da ciência econômica, tal como se tem feito a partir da segunda metade do século XX, não se resume aos modelos algébricos, mas busca os conceitos e teorias desenvolvidas nessa área do conhecimento, para realizar uma pesquisa

---

[331] « dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou èconomique du pays » (FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 275, sem grifos no original).

[332] Para um panorama, cf. TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios do direito e economia*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2019; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. O método tem-se destacado, sobretudo, no processo civil: FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019; WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Um exercício inicial foi feito em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 3, tópico 3.1. Outras referências serão citadas ao longo deste trabalho.

[333] PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*, tomo 3: investigação científica e política jurídica. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005 [*1972*], p. 301 ss.

[334] "A missão prática do cientista do direito torna-se patente: 1) Induzir as regras jurídicas, porque a consciência do processo pode ser útil, e sugerir corretivos. 2) Eliminar o que forma (resultado de interações passadas) e desserve ao sistema atual ou o que é patológico, – tarefa correspectiva à cirurgia e à terapêutica. 3) Intervir na ordem social, a fim de que se faça por modo melhor a adaptação à vida em comum" (PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*, tomo 3: investigação científica e política jurídica. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005 [*1972*], p. 158).

científica fundamentada do direito, com potencial preditivo que, muitas vezes, absorve contribuições empíricas,[335] seja diretamente, no uso do arcabouço da teoria econômica para a análise de elementos jurídicos, seja de maneira indireta, na análise do direito a partir de teorias econômicas que, por sua vez, foram estruturadas com base em pesquisas empíricas.

A análise econômica, assim, não se resume ao Direito Econômico, ao estudo dos mercados ou da ausência deles, mas da "escolha" e do comportamento – em regra, humanos –,[336] pois "a economia é caracterizada por um método de investigação e não por um objeto específico em si".[337] Embora a economia – e, em consequência, os primeiros exercícios de análise econômica do direito – tenha classicamente enfocado a atividade *racional* dos seres humanos,[338] tomando como objeto de pesquisa um parâmetro muitas vezes idealizado,[339] observa-se também a mais recente influência das ciências comportamentais; a partir do diálogo com a Psicologia e com a Neurociência, a Economia reelabora suas perspectivas de modo a compensar vieses cognitivos típicos do ser humano, tendo dois de seus mais recentes elaboradores alcançado o Prêmio Nobel na área, em 2002 e 2017.[340]

---

[335] GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun./2010, p. 8; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 2, p. 892-921, 2017, p. 894.

[336] "Ao contrário do que o senso comum adota, o objeto de estudo da ciência econômica não é o dinheiro ou a economia (no sentido de mercados de compra e venda), mas as consequências das decisões ou escolha dos indivíduos, sob quaisquer aspectos: escolhas sobre aquisições materiais sim, mas também escolhas de alocação de tempo, de planejamento de carreira, de investimento em escolaridade, de carreira, de constituição de família, e, por que não, de cometer ou não atos ilícitos. Todas essas decisões, o que leva os indivíduos a optarem pela alternativa 'A' ou 'B', e as implicações destas decisões são temas cruciais para a análise da ciência econômica e, neste sentido, ela é um instrumento essencial para se analisar também os efeitos das normas legais" (YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista [Lei nº 13.467/2017]. *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 2, p. 892-921, 2017, p. 895).

[337] GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun./2010, p. 16.

[338] "Os economistas normalmente presumem que as pessoas são racionais. Uma pessoa racional faz o melhor para alcançar seus objetivos, sistemática e objetivamente, conforme as oportunidades disponíveis" (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia* [*Principles of economics – 5th edition*]. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009 [*id.*], p. 6).

[339] "If you look at textbooks, you will learn that homo economicus can think like Albert Einstein, store as much memory as IBM's Big Blue, and exercise the willpower of Mahatma Gandhi. Really. But the folks that we know are not like that. Real people have trouble with long division, if they don't have a calculator, sometimes forget their spouse's birthday, and have a hangover on New Year's Day. They are not homo economicus; they are homo sapiens. To keep our Latin usage to a minimum we will hereafter refer to these imaginary and real species as Econs and Humans" (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. 2ª ed. Nova York: Penguin Books, 2009, p. 6-7).

[340] Eis duas recentes contribuições dos laureados: KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Nova York: Farrar Straus Giroux, 2013 [*2011*]; THALER, Richard H. *Misbehaving*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019 [*2015*].

Cabe ressaltar que a invocação da análise econômica não implica, por si só, nenhuma "crença" apriorística na substituição do direito por postulados de outras ciências,[341] mas, tendo, em mente, os valores fundadores do direito, visa a fazer uso das estratégias da economia, para buscar aperfeiçoamento das instituições e práticas jurídicas. Se pontualmente há defesa, sob análise econômica, de propostas como a quebra eficiente dos contratos, a crítica ao "efficient breach", como faz o professor da Universidade de Nantes, Alain Supiot,[342] não deve redundar, em confusão metonímica, como uma crítica ao todo, isto é, à própria análise econômica do direito. Buscar uma análise econômica não significa precificar o direito, mas observar como se comportam seus principais atores.

Eis o que se pretende fazer a seguir: uma análise baseada em critérios da economia, a qual enxergue falhas no direito internacional, de modo a buscar soluções que alcancem, de forma mais eficiente, os objetivos desse mesmo *direito*, sem subvertê-lo.

B) A sociedade de Estados

Sem embargo do cosmopolitismo que orienta o autor desta tese, não se pode negar que, no atual momento da humanidade, a sociedade global de indivíduos é eclipsada pela sociedade internacional de Estados.[343] Especialmente em matéria de tratados, que, por definição, são celebrados por esses entes,[344] não é necessário, no momento, adentrar o debate sobre os demais sujeitos de direito internacional público;[345] dentro do "individualismo

[341] "Aqueles que só querem submeter os homens às 'verdadeiras leis', reveladas por Deus ou descobertas pela Ciência, só veem no Direito um sistema de 'leis aparentes' sem legitimidade própria" (SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*], p. 15).

[342] "Reportar toda regra a um cálculo de utilidade, que seria ao mesmo tempo a fonte e a medida da sua legitimidade, leva realmente a considerar que aquele que assumiu um compromisso tem o direito de não o respeitar se, tudo ponderado, essa violação é mais vantajosa para ele. (...) A confiança, por ser um valor incalculável, já não conta nada aqui (...) Pois um mundo onde cada qual só se acha responsável por seus compromissos na medida em que isso lhe convém é um mundo onde a palavra já não vale nada" (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 134-135).

[343] Embora se reconheça a redundância no acréscimo de "de Estados", já que internacional, no original inglês, pretendia significar "entre Estados", a expressão é necessária, para explicitar a oposição entre "indivíduos", que naturalmente não têm fronteiras, e "Estados", que se definem *em função* de seus próprios limites.

[344] Eis o artigo 2:1:a da CVDT: "'tratado' significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

[345] "Desde 1945, o Direito Internacional, acompanhou todas as transformações do contexto: da multiplicação dos sujeitos tradicionais de Direito Internacional, os estados, ao lado das organizações internacionais, bem como a emergência e a consolidação do ser humano como sujeito de direitos e de obrigações no plano internacional, como exprimem as garantias fundamentais (Declaração Universal de 1948 e os Pactos internacionais de direitos, de 1966) até o surgimento e o desenvolvimento do Direito Internacional Penal, com destaque para o Estatuto de

metodológico" da AED, assim, para explicar como funciona o direito internacional, pode ser analisada a estrutura de incentivos que condicionam o comportamento do Estado.

Tal entidade se arvora o "domínio" sobre todo o território em que exerce "império",[346] tendo cooperado com outros Estados, paulatina, embora errantemente, para a consecução de fins comuns, sempre se reservando maiores ou menores atribuições em nome da própria soberania. Que o Estado persiga seu próprio interesse não é, de fato, novidade da análise econômica do direito e decorre de sua própria estrutura burocrática e racional;[347] afinal, "a preocupação com a essência e o bem do ser humano não faz parte da natureza do estado, nem das qualidades que se lhes atribuem por convenção".[348] A questão que precisa ser analisada é se há limitações práticas, ou melhor, normativas a esse comportamento solipsista.

No direito internacional, a análise econômica pode oscilar entre a escolha dos indivíduos e grupos humanos e o comportamento dos Estados na arena mundial.[349] Para a avaliação de tratados, é oportuno o marco teórico da *escolha racional*,[350] pressupondo que, em um modelo vestefaliano de Estados soberanos – fixado em 1648 e, em sua essência, reiterado no Congresso de Viena de 1815 e na Carta da ONU de 1945 –, os Estados *tenderiam* a um comportamento cooperativo ou coordenado,[351] por serem iguais em direitos e em

---

Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional" (CASELLA, Paulo Borba. Direito internacional nas Arcadas: a aula inaugural de 16 de fevereiro de 2009. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 931-966, jan./dez. 2009, p. 943-944).

[346] RÖPKE, Wilhelm. Economic order and international law. *The Hague Academy Collected Courses*, v. 86, p. 203-273, 1954. Na precoce História do Estado português, a propósito, já se afirmava, em documento do ano de 1098, que ao Príncipe incumbe "regnare", e aos senhores de terras, apenas "dominare" (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008 [*1957*], p. 18).

[347] Sobre essa estrutura, cf. JOUVENEL, Bertrand de. *O Poder*: História Natural de Seu Crescimento [*Du Pouvoir: Histoire naturelle de sa croissance*]. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, [*s.d.*] [*1972*]; MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A quarta revolução*: a corrida global para reinventar o Estado [*The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*]. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015 [*id.*]; WEBER, Max. O Estado nacional e a política econômica. *In*: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. Trad. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, [*s.d.*], p. 58-78. Para um paradigmático estudo do caso do Brasil, incluindo suas raízes lusitanas, cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008 [*1957*]; em sentido próximo, MERCADANTE, Paulo. *A coerência das incertezas:* símbolos e mitos na fenomenologia histórica luso-brasileira. Lisboa: Fundação Lusíada, 2002, p. 25-49.

[348] CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 376-377.

[349] BROUDE, Tomer. Behavioral International Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 163, p. 1099-1157, 2015.

[350] "Economics is the study of rational choice. As such, it plays a leading role in evaluating the effects of rational maximizing behavior under conditions of scarcity. Economics enjoys an advantage over other disciplines in rationality-based analysis, simply because this analysis is central to economics, and economics has developed this analysis extensively" (DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic Analysis of International Law. *The Yale Journal of International Law*, v. 24, p. 1-59, 1999).

[351] Sobre cooperação, coordenação e coerção como explicações alternativas entre si, cf. GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 12.

obrigações. Se há uma observação permanente de um Estado para a situação do outro, então, o comportamento deles pode ser explicado em termos de teoria dos jogos.[352]

Nesse sentido, Jack Goldsmith e Eric Posner, professores da Universidade Harvard e da Universidade de Chicago, apontam, no estudo referencial *The Limits of International Law*, que a análise da escolha racional, com base nos interesses dos Estados, parte do pressuposto de que esse ente adota políticas coerentes no longo prazo,[353] mas ela não se confunde com a escola realista, que resume tais interesses à segurança e à riqueza.[354]

Em verdade, considerando que "a economia não considera ser possível comparar utilidades entre dois indivíduos",[355] é irrelevante inferir se um Estado deixa de cumprir determinado tratado por incapacidade técnica de seus gestores, por más escolhas de política econômica ou por puro senso estratégico, ou seja, por acreditar que o mau comportamento pode lhe trazer benefícios em barganhas futuras. A satisfação específica para cada Estado cede espaço à percepção de que *há benefícios em agirem marginalmente*, ou seja, na ponderação limítrofe de ganhos e perdas com suas ambíguas políticas econômicas nacionais.

O cumprimento do direito internacional, nesse contexto, não é um dado;[356] segundo Goldsmith e Posner, o próprio direito internacional emerge dos interesses dos Estados, sendo, assim, endógeno a eles. [357] Em verdade, tal afirmação poderia ser admitida como hipótese de trabalho para o *direito internacional público*, mas não para o DIP; se este pressupõe relações livres globalmente, o direito internacional privado, do ponto de vista substancial, emerge dos interesses dos indivíduos.

Esta tese pretende contribuir para a compreensão das normas de aplicação imediata no direito do trabalho; sendo o Brasil membro fundador da OIT, sua legislação laboral é historicamente uma interseção do direito nacional com o direito internacional dos direitos humanos. Como a hipótese de pesquisa, apresentada na Introdução, foi delineada em termos de *pluralismo e transnacionalidade*, os instrumentos da AED são invocados, para observar se

---

[352] A teoria dos jogos é "o estudo de como as pessoas se comportam em situações estratégicas. 'Estratégica' refere-se a situações em que um indivíduo, quando precisa escolher entre determinadas alternativas, deve considerar a reação das outras pessoas à decisão tomada" (MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia* [*Principles of economics – 5th edition*]. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009 [*id.*], p. 349).

[353] "Consistent policies", no original (GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 8).

[354] *Ibid.*, p. 6.

[355] GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun./2010, p. 26.

[356] "A successful theory of international law must show why states comply with international law rather than assuming that they have a preference for doing so" (GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 10).

[357] *Ibid.*, p. 13.

a emancipação do direito do trabalho de seus parâmetros nacionais implicaria afastamento do direito internacional – essa foi, aliás, uma distinção da arbitragem trabalhista, apresentada no capítulo 1.

Nesse sentido, coerente com a proposta de pesquisa, não são necessários, neste momento, modelos baseados na teoria dos jogos ou outras interessantes transposições de fórmulas matemáticas; basta partir dos supracitados instrumentos teóricos construídos pela análise econômica, para examinar um ponto de convergência entre as normas de aplicação imediata e o direito internacional do trabalho, conforme se fará a seguir.

3.2.2 O caso dos tratados de direitos humanos

Estando a aplicação imediata de certas leis nacionais baseadas em argumentos econômicos,[358] esta tese argumenta que sequer os tratados de direitos humanos estão imunes à sua força normativa avassaladora sobre elementos estrangeiros, apesar de tais convenções deverem ser inclusas, até mesmo, na ordem pública de DIP.[359]

Não se nega a plena força normativa dos tratados de direitos humanos e a crucial relevância de sua invocação como direito positivo nos momentos finais da Segunda Guerra Mundial. Tratava-se, de fato, não apenas de proclamar direitos inatos e inerentes à dignidade humana[360] – que, embora brandida pelas mais diversas culturas, desde tempos imemoriais, foi positivada internacionalmente após 1945[361] – mas também de assegurar a reorganização das

---

[358] « De manière générale, lorsque la règle d'ordre public est *étroitement liée au fonctionnement de l'ordre social et économique de l'Etat*, il s'avère difficile, voire impossible, de trouver des réponses appropriées dans une loi étrangère, si bien que l'application directe ou immédiate de la loi du for s'impose. On songera, par exemple, aux dispositions internationalement impératives en matière de contrat de travail (en rapport, notamment, avec les conventions collectives), de protection contre les loyers abusifs ou de vente à tempérament, ainsi qu'à des normes tendant à empêcher la spéculation foncière » (BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois en droit international privé. *Recueil des Cours*, v. 239, p. 9-116, 1993, p. 42).

[359] JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995, p. 231; PATRÃO, Afonso. Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017 (...). *Cadernos de Direito Privado*, n. 62, p. 41-67, abr.-jun./2018, p. 56-57.

[360] "A dignidade do homem interdita que seu corpo e suas necessidades físicas, mesmo que o façam participar da vida animal, sejam tratados como os dos animais. Essa visão compreensiva da vida humana transcende a velha oposição entre o espírito e a matéria. A superação deste dualismo *psyché/soma* obriga a romper não só com as ideologias que reduzem o homem a material ou a capital humano, mas também com as precedentes Declarações dos Direitos do Homem que o visualizavam como puro ser de razão" (SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*], p. 21).

[361] DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/Pós-positivismo. A visão judaica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 70, p. 24-90, jan.-mar./2010; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 147.

ordens jurídicas para a concretização desses mesmos direitos, algo que, já em 1944, a OIT difundira por meio da Declaração de Filadélfia.[362]

Contudo, não obstante a justeza e a conveniência histórica de tais dispositivos, basta observar que, se os tratados que abordam direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais se insere grande parte dos direitos trabalhistas mínimos, permitem a diversidade *local* de realização desses direitos, então, há clara contradição entre, de um lado, a nacionalidade da política socioeconômica e, de outro, o caráter protetivo desses tratados e a universalidade da condição humana, cedendo espaço a um comportamento estratégico dos Estados.

O argumento que ora se desenvolve encontra maior fundamento no artigo 22 da Declaração Universal de Direitos Humanos,[363] à qual se atribui estatura de direito costumeiro, e não de mera enunciação:[364] "Everyone (...) is entitled to realization, (...) in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity (...)". Tal dispositivo, embora não dispense a cooperação internacional, esclarece que, conquanto os direitos econômicos, sociais e culturais sejam indispensáveis à realização da dignidade humana, ela depende dos esforços nacionais.

Essa diversidade de crescimento econômico, embora reconhecida na doutrina quanto à potencial uniformização da legislação social,[365] representa claro entrave, segundo a presente tese, à identificação das normas de aplicação imediata em perspectiva não apenas de justiça, mas, até mesmo, de direito positivo. Nada obstante, por exemplo, minúcias nacionais referentes à extensão da jornada de trabalho, alguma limitação de jornada deverá haver, por força dos tratados de direitos humanos, como o PIDESC[366] e o Protocolo de São Salvador[367];

---

[362] SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*], p. 18.

[363] Eis o texto integral: "Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality".

[364] Sobre esse debate, cf. HANNUM, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, v. 25, p. 286-397, 1995/1996.

[365] "A *unidade* da questão social (se a expressão for permitida) é um motivo de *unificação* do Direito do Trabalho, mas a possibilidade de adotar uma ou outra orientação, quando se legisla sobre a questão social, depende do grau de desenvolvimento de cada país e a *diversidade* legislativa que ainda hoje se verifica entre as normas trabalhistas em vigor nos Estados modernos" (RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 141).

[366] "Article 7. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular: (a) Remuneration which provides all workers, as a minimum, with: (i) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work; (ii) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant; (b) Safe and healthy working conditions; c) Equal opportunity for everyone to be promoted in

sem embargo de limitações da economia nacional, alguma remuneração mínima deve haver.[368] A obra tratadística do pós-guerra, contudo, não se blindou contra os riscos analisados neste capítulo, de modo que as normas de aplicação imediata podem ser manipuladas em nome de uma política puramente monetária, e não protetiva do trabalhador.

Antes mesmo da emergência dos tratados sobre direitos econômicos, sociais e culturais – o PIDESC é de 1966, e o Protocolo de São Salvador, de 1988 –, o economista Wilhelm Röpke, em curso na Academia de Direito Internacional da Haia,[369] alertou para o fenômeno da "nacionalização do homem" por meio da "socialização" da economia, destacando que a planificação de direitos levaria necessariamente a uma observação permanente do desempenho estrangeiro pelos planificadores nacionais. Assim, os elaboradores das políticas econômicas não se ocupariam apenas da realidade de seu país, mas se preocupariam com as condições sociais ostentadas no estrangeiro.

As propostas que, já então, figuravam no debate europeu, cuidando de um mercado comum supranacional, levariam, segundo Röpke, necessariamente a uma planificação, ou seja, seria paradoxal pensar na integração econômica, naqueles termos, que não fosse planificada, e a planificação é incompatível com a livre concorrência.[370] Em plano ideológico

---

his employment to an appropriate higher level, subject to no considerations other than those of seniority and competence; (d) Rest, leisure and reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay, as well as remuneration for public holidays".

[367] "Artigo 7. Condições Justas, Equitativas e Satisfatórias de Trabalho. Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, equitativas e satisfatórias, para que esses Estados garantirão em suas legislações internas, de maneira particular: a) remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; b) o direito de todo o trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas, e a trocar de emprego, de acordo com regulamentação nacional pertinente; c) o direito do trabalhador a promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levados em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço; d) estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das industrias e profissões e com as causas de justa dispensa. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a indenização ou a readmissão no emprego, ou a quaisquer outros benefícios previstos pela legislação nacional; e) segurança e higiene no trabalho; f) proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo o trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. No caso dos menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida; g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos; h) repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como pagamento de salários nos dias feriados nacionais".

[368] Cita-se a previsão das alíneas "a" dos artigos do PIDESC e do Protocolo de São Salvador, transcritos nas duas notas de rodapé anteriores.

[369] RÖPKE, Wilhelm. Economic order and international law. *The Hague Academy Collected Courses*, v. 86, p. 203-273, 1954.

[370] "Na medida em que a sociedade liberal baseia-se na livre concorrência e no contínuo ajustamento individual, é considerável a variedade de respostas possíveis. Só há uma possibilidade de dar conselhos gerais acerca do que está certo ou errado; pode-se dar ideia do princípio, mas não do padrão concreto. Em uma sociedade dinâmica e livre, é muito apreciada a capacidade de fazer face ao inesperado, produzindo respostas novas e sendo capaz de

distinto de Röpke, Alain Supiot, escrevendo quase sessenta anos depois, aponta que o projeto europeu atualmente redundou na construção de mecanismos "antissolidários", com a concentração de renda em volta de uma nova oligarquia.[371]

Então, não deveria existir nenhum parâmetro de direito do trabalho? Ao contrário, os princípios que o fundamentam são coerentes com uma perspectiva de mercado orientada em valores humanos; a solidariedade de que trata a doutrina trabalhista, assim, pode ser compatível com a liberdade de contratar e de empreender.

Pensar que o direito do trabalho é o único ramo do direito privado que consagra essa ética é ignorar a tradição milenar da boa-fé no direito das obrigações, e supor que, sem a intervenção do Estado na economia ou na propriedade privada, haverá um retorno à exploração desumana do "trabalho livre" do século XIX é esquecer: que, de início, o Estado até *criminalizava* os movimentos sindicais; que, por muito tempo, apenas os sindicatos criavam o direito do trabalho *apesar do* Estado; que, na última década, estruturas engenhosas como os Acordos de Bangladesh são gestadas *a despeito das* capacidades institucionais dos Estados territoriais.

Naturalmente, um mercado que rechaça valores e regras de boa conduta não merece a proteção do direito, mas a presença do Estado não é pressuposto necessário da inserção da ética no mercado. Não se critica, portanto, a *socialização do direito* – se assim se quiser chamar a gestação do direito do trabalho –, e sim a *nacionalização* do ser humano a qual ocorre com a *alardeada, suposta, pretensa socialização da economia*. Em resumo, deve haver a livre *concorrência de empresas*, guiada por valores humanos; o que se critica é a *concorrência de leis econômicas* e, em especial, o fato de que ela aparenta ser involuntariamente tolerada ou incentivada pelas técnicas de DIP.

Nesse sentido, embora a perspectiva de um mercado guiado pelo princípio do livre estabelecimento, como proclamada pela União Europeia, soe libertária, a verdade é que diversos direitos básicos a se exercerem na relação de trabalho, como a greve e o reconhecimento da negociação coletiva, têm sido minados pelo TJUE, como nos precedentes

---

assumir a iniciativa e a responsabilidade em empreendimentos que envolvem riscos. O campo para tudo isso míngua em uma sociedade planificada: podem-se prever razoavelmente não só os padrões mais simples de comportamento, mas também os de conduta uniforme" (MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo* [*Diagnosis of our time: wartime essays of a sociologist*]. Trad. Octávio Alves Velho. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1967 [*1954*], p. 138).

[371] SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*], p. 39.

C-341/05 – "Caso Laval" – e C-438/05 – "Caso Viking".[372] Aqui se cria outro paradoxo, pelo qual sequer as leis protetivas internas podem ser invocadas pelo Estado quando da transposição nacional das diretivas,[373] ao mesmo tempo em que, em tese, é possível a responsabilidade do Estado pela omissão do legislador local quanto à transposição do direito europeu.[374]

É preciso esclarecer que o TJUE reconhece a discricionariedade dos Estados no estabelecimento de normas de aplicação imediata, conforme o precedente estabelecido pelo Caso C-184/12, "Unamar"; ela, porém, encontra limites no próprio direito europeu.[375] Como, nos casos citados no parágrafo anterior, esses limites não são necessariamente protetivos, o argumento de que tais normas de aplicação imediata podem ser manipuladas segundo a política econômica – no caso, pela União Europeia, e não pelos Estados – se mantém.

Em suma, nem o direito internacional público incentiva a cooperação adequadamente, nem os tratados de direitos humanos logram impedir a competição, nem, por fim, a experiência de direito supranacional, na União Europeia, é suficiente para a salvaguarda dos interesses trabalhistas.

Seria insuperável tal paradoxo? Esta tese reconhece que se trata de uma questão "anunciada", como na obra de Gabriel García Márquez, pois o "desenvolvimento

---

[372] Para uma crítica à jurisprudência do TJUE em direitos sociais, cf. SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*], p. 62-67.

[373] Caso C-319/06 do TJUE. Sobre a relação do direito da UE com as normas de aplicação imediata, cf. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général. *The Hague Academy Collected Courses*, A Haia, v. 312, p. 9-488, 2005, p. 264 ss; PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 47-118.

[374] Sobre o tema, cf. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *O silêncio eloquente*: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul. Coimbra: Almedina, 2008.

[375] A propósito, conforme o precedente C-284/16, conhecido como "Caso Achmea", os Estados-membros da União Europeia não podem sequer celebrar tratados de investimentos, entre si, cuja convenção de arbitragem implique a não-aplicação do direito da União. Eis a apreciação feita no caso concreto: "[*A*]tendendo a todas as características do tribunal arbitral visadas no artigo 8º do TBI e recordadas nos n^{os} 39 a 55 do presente acórdão, há que considerar que, através da celebração do TBI, os Estados-Membros que dele são parte criaram um mecanismo de resolução de litígios que oponham um investidor a um Estado-Membro que é suscetível de excluir que tais litígios, ainda que possam dizer respeito à interpretação ou à aplicação do direito da União, sejam dirimidos de uma forma que garanta a plena eficácia deste direito (...) [*N*]o presente caso, para além do facto de os litígios que cabem na competência do tribunal arbitral visado no artigo 8º TBI poderem ser relativos à interpretação tanto deste acordo como do direito da União, a possibilidade de submeter esses litígios a um organismo que não constitui um elemento do sistema jurisdicional da União está prevista por um acordo que não foi celebrado pela União, mas por Estados-Membros. Ora, o referido artigo 8º é suscetível de pôr em causa, para além do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros, a preservação do caráter adequado do direito instituído pelos Tratados, assegurada pelo mecanismo do reenvio prejudicial previsto no artigo 267º TFUE, e não é, por conseguinte, compatível com o princípio da cooperação leal recordado no nº 34 do presente acórdão. [*59*] Nestas condições, o artigo 8º do TBI viola a autonomia do direito da União.".

progressivo"[376] não está presente como condição para a realização de direitos civis e políticos, mas apenas para os econômicos, sociais e culturais, embora os primeiros também custem[377] ao Estado – policial ou judiciário, no mínimo – recursos financeiros para sua salvaguarda.

Trata-se, assim, de uma realização da alegoria do bem-estar público – "public welfare" – da Figura 3. No canto inferior esquerdo, vê-se que, apesar da aparência de majestosidade da personagem, ela pisa o globo terrestre. Na aparente garantia do bem-estar público, a perspectiva internacionalista, assim, fenece diante dos autoproclamados fins beneficentes do Estado.

Figura 3 – BRUEGHEL, Jan; van BALEN, Hendrick. *Alegoria do Bem-Estar Público*. *Circa* início do século XVII. 1 original de arte. Disponível em: https://uploads5.wikiart.org/00289/images/jan-brueghel-the-elder/jan-brueghel-i-and-hendrick-van-balen-i-the-allegory-of-public-welfare.jpg!Large.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

Em suma, as normas intervencionistas nacionais, isto é, de direitos econômicos, sociais e culturais, se qualificadas como normas de aplicação imediata, prejudicam a recepção do direito estrangeiro porventura protetivo, frustrando os padrões de desenvolvimento previstos nas convenções que tratam da mesma matéria. Como no canto inferior direito da Figura 3, há um personagem à margem do direito internacional dos direitos humanos.

---

[376] Eis o artigo 1º do PSS, sem grifos no original: "Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, *até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente* e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo".

[377] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 15.

A) Os riscos das convenções da OIT

A ideia de um direito interestatal do trabalho, entre o final do século XIX e o início do século XX, buscou justificativa econômica e, em certa medida, focada na posição competitiva do Estado na arena global.[378] Não se pode, por certo, negar que tenha havido preocupação com o trabalhador, mas é inegável que, tratando-se de um direito baseado na adesão voluntária dos Estados – como, então, era o direito internacional público –, o interesse nacional na competitividade econômica haja alcançado impacto decisivo na criação da OIT.[379]

Por outro lado, o direito internacional privado do trabalho pode ser resumido na regulação do trabalho humano em conexão com direito estrangeiro, ou seja, não se busca – ou não se deveria buscar –, na justificativa do DIP, vantagem econômica imediata para o Estado, e sim a garantia da condição jurídica do trabalhador ou do empregador diante das contingências da vida transnacional.[380]

Moura Ramos, tratando da elevação dos padrões trabalhistas pela OIT, reconhece que ela se revela como orientação dos direitos nacionais;[381] ele e Oscar Tenório ressaltam a

---

[378] "Sous la poussée du mouvement social naissant et des idées humanitaires propagées par la révolution de 1848, la théorie du laisser faire perdit de sa rigueur. Les lois de protection ouvrière se firent plus nombreuses; les revendications devinrent plus pressantes, et l'idée de législation internationale du travail prit un nouvel essor. En France, en Allemagne, en Suisse, dans les universités comme au sein des parlements, on entend des hommes de tendances diverses développer l'argument que pour consolider les progrès acquis dans le domaine social et pour en permettre de nouveaux, il importe d'éliminer le désavantage que ces progrès et l'augmentation des coûts de production qu'ils entraînent, peuvent représenter dans la concurrence internationale pour les industries des pays les plus avancés" (OIT. *Dix ans d'Organisation Internationale du Travail*. Genebra: Bureau International du Travail, 1931, p. 5)

[379] Cita-se material do Centro Internacional de Formação da OIT: "Teniendo que los trabajadores fueron duramente explotados en las economías industrializadas de la época, las partes del Tratado de Versalles supieron sopesar la importancia de la justicia social para asegurar la paz. Por otra parte, frente a la interdependencia creciente de las economías nacionales, las grandes naciones industriales entendieron que era de su interés cooperar para que los trabajadores no se vieran sometidos a condiciones de trabajo inhumanas y así poder evitar ciertas formas negativas de competencia internacional. Todas estas ideas figuran en el Preámbulo de la Constitución de la OIT" (BEAUDONNET, Xavier (Org.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Turim: Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo, 2010, p. 8).

[380] Este parágrafo e o anterior aprofundam ideias e argumentos já publicados anteriormente pelo autor em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. A contribuição da OIT para o direito internacional privado do trabalho: conflitos de leis, qualificação e cooperação jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Virgínia Monteiro; FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Org.). *O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil*. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 87-112.

[381] "Liberta dos particularismos que intervêm na modelação das normas nacionais, ela [*a OIT*] visou assim estabelecer uma regulamentação quadro que pudesse constituir um modelo de referência para os legisladores estaduais, garantindo desta forma a tutela dos valores essenciais presentes nas relações de trabalho nos termos em que ela é exigida pelo desenvolvimento da comunidade internacional em cada momento histórico. Assim, as normas criadas pela organização vêm a constituir um verdadeiro *standard* mínimo, de origem internacional, destinado a integrar os ordenamentos jurídicos estaduais através dos processos de recepção por estes previstos. Mas a sua influência nas situações plurilocalizadas era bastante tênue, uma vez que apareciam afinal como pura

permanência das questões de DIP a par do projeto da OIT.[382] Esta tese argumenta que o uso estratégico das normas de aplicação imediata para propósitos não necessariamente protetivos do trabalhador também se aplica às convenções internacionais do trabalho, de modo que sequer um padrão mínimo razoável consegue impor-se.

Em 2020, a OIT contava com cento e noventa convenções, muitas das quais absorvidas ou revogadas por tratados posteriores da própria organização, como é o caso da Convenção do Trabalho Marítimo, que, em 2006, consolidou sessenta e oito convenções anteriores. Assim, uma análise exaustiva de todas as convenções não se revela necessária, para testar a hipótese especificamente abordada neste tópico: o risco de subversão dos propósitos uniformizadores das convenções da OIT.

Em 1998, por meio da Declaração Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, o Diretor-Geral da OIT selecionou oito dos tratados patrocinados pela organização – as Convenções 29 e 105 (trabalho forçado), 87 e 98 (liberdade sindical e negociação coletiva), 100 e 111 (igualdade de mão de obra e vedação à discriminação), 138 e 182 (idade mínima e piores formas de trabalho infantil) –, com o objetivo de ressaltar que os princípios e direitos neles proclamados deveriam ser garantidos por todos os membros da OIT, ainda que não os tivessem ratificado.[383] Embora tenha sido imaginada como reação efetiva à globalização, a Declaração representa uma redução de ambições: "Ontem ainda se tratava de fazer todos os homens terem acesso ao bem-estar ocidental; hoje se concentram nas reivindicações mínimas que foram as dos primeiros filantropos sociais do século XIX: isolar as epidemias, proibir o trabalho forçado, limitar o trabalho infantil".[384] Isso recorda a crítica à hesitação com padrões transnacionais trabalhistas, feita no item 2.1.2.

O fundamento jurídico dessa Declaração repousa na Constituição da OIT, à qual todos os membros aderem, quando se filiam à agência especializada da ONU. Para a OIT, os

---

fonte dos direitos nacionais, em nada contribuindo para coordenar a aplicação destes naquele tipo particular de situações" (MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166, p. 131).

[382] *Idem*; TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 341.

[383] Para um aprofundamento sobre o tema, cf. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 262 ss; TAPIOLA, Kari. *The teeth of the ILO*: the impact of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Genebra: ILO, 2018.

[384] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 125. "As instituições internacionais que têm a identidade e a missão garantidas por um credo econômico (OMC, OCDE, Banco Mundial, Banco Europeu, FMI, Comissão de Bruxelas) adquiriram o essencial do poder material (conceder créditos) e espiritual (propagar a fé nas virtudes da livre-troca). (...) As organizações encarregadas do 'social' (OIT, Unesco, OMS etc.) não têm, em compensação, de distribuir dinheiro nem certezas e não param de revisar suas ambições para baixo" (*Idem*).

princípios e direitos fundamentais, proclamados em 1998, decorrem diretamente do espírito constitucional da organização. Enquanto a Declaração se dirige aos Estados e a eles se tente revelar como norma, ela também foi reiterada em instrumentos não vinculantes da entidade.[385]

A fim de partir de um critério minimamente objetivo de análise, além de não se estender em um argumento acessório à solução do problema de pesquisa, esta tese reputa adequado examinar as oito convenções selecionadas pela OIT em 1998, em vez de todas as cento e noventa, como meio de compreender se, no mínimo, esses documentos fundamentais se resguardam da crítica geral feita neste item, acerca do uso político estratégico das normas de aplicação imediata.[386]

A Convenção nº 29 da OIT, de 1930, sobre trabalho forçado ou obrigatório, em seu artigo 1:1, afirma que os membros se comprometem a "suprimir o emprego do trabalho forçado ou obrigatório sob todas as suas formas no mais curto prazo possível". No parágrafo seguinte, contudo, faculta que o trabalho forçado ou obrigatório seja empregado, transitoriamente, "para fins públicos". Seu artigo 10 chega a prever um regime de direitos e obrigações no recrutamento do trabalho forçado. Entre os países que não ratificaram a Convenção, estão Afeganistão, China Popular[387] e Estados Unidos.

Nesse contexto, a Convenção n° 105, de 1957, tentou restringir as hipóteses autorizadoras e abolir efetivamente o trabalho forçado,[388] mas, exatamente por se tratar de nova convenção, há, em rigor, a possibilidade de o Estado signatário da convenção mais antiga retardar a adesão à posterior. Nesse sentido, o sistema Normlex, que indica a situação das convenções da OIT, afirma que ambas as convenções são consideradas atualizadas, ou

---

[385] Sobre a difusão da Declaração, cf. DILLER, Janelle M. Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation: Experience of the International Labour Organization. *In*: BLACKETT, Adelle; TREBILCOCK, Anne. *Research Handbook on Transnational Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 329-342. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352039. Acesso em: 09 nov. 2020.

[386] Os oito tratados estão disponíveis na consolidação feita pelo Decreto n° 10.088/2019 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm), à exceção da Convenção 87, que, não ratificada pelo Brasil, possui tradução lusa (https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-no-87-da-oit-sobre-liberdade-sindical-e-proteccao-do-direito-sindical-0).

[387] Nas bases do Normlex, consta que a convenção é aplicável às regiões administrativas especiais de Hong Kong e Macau.

[388] "Artigo 1º. Qualquer Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica, à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho; d) como punição por participação em greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa".

seja, não foram absorvidas por tratados posteriores.[389] Entre os países que não ratificaram a Convenção, estão China Popular,[390] Coreia do Sul e Japão.

Em rigor, a OIT entende atualmente que os períodos de transição previstos na Convenção 29 não devem mais ser aceitos,[391] de modo que elaborou, em 2014, um Protocolo à Convenção Sobre o Trabalho Forçado, P029, o qual entrou em vigor, no plano internacional, em 2016, com apenas quarenta e oito ratificações, contra cento e setenta e oito da Convenção 29.[392] O Brasil, por exemplo, ainda não o ratificou.

A Convenção nº 98, de 1949, relativa à aplicação dos princípios do direito de organização e de negociação coletiva, em seu artigo 5º, estabelece que "a medida segundo a qual as garantias previstas pela presente Convenção se aplicarão às forças armadas e à polícia será determinada pela legislação nacional". O artigo 9º da Convenção 87 da OIT, sobre liberdade sindical, possui indicação semelhante, mas esse tratado de 1948 ainda não foi ratificado pelo Brasil, por incompatibilidade entre a liberdade sindical, que ela proclama, com a unicidade sindical, prevista na Constituição de 1988 como persistente legado autoritário do Estado Novo.[393]

Poder-se-ia sustentar a conveniência dos dispositivos restritivos, comuns a ambas as convenções de direito coletivo do trabalho, à medida que os exércitos e as forças policiais são manifestações da soberania, não se lhes admitindo a organização sindical diante dos riscos à essência do Estado como instituição permanente. Atualmente, contudo, em todo o mundo, o exercício do dever de segurança pública tem-se relativizado diante do mercado de empresas de segurança internacional, ou empresas militares privadas, cujos padrões regulamentares vinculam trabalhadores que, em rigor, pertencem ao setor privado.[394] No Brasil, o exercício de

---

[389] ILO. NORMLEX – Information System on International Labour Standards. *Ratification by conventions*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12001:12238504050070::::P12001_INSTRUMENT_SORT:3. Acesso em: 09 nov. 2020.

[390] Nas bases do Normlex, consta que a convenção é aplicável às regiões administrativas especiais de Hong Kong e Macau.

[391] ILO. NORMLEX – Information System on International Labour Standards. *Ratification by conventions*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312174:NO. Acesso em: 09 nov. 2020.

[392] ILO. NORMLEX – Information System on International Labour Standards. *Ratification by conventions*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3174672:NO. Acesso em: 09 nov. 2020.

[393] Eis o dispositivo pertinente da Constituição: "Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município".

[394] Sobre o tema, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017, capítulo 3.

polícia administrativa foi, em outubro de 2020, reconhecido às pessoas jurídicas de direito privado cujos empregados sejam regidos pela CLT, em regime não concorrencial,[395] enquanto já o Decreto Presidencial n° 7.944/2013 garantia a sindicalização tanto a empregados públicos quanto a servidores concursados, conforme os artigos 4:1 e 5:1 da Convenção 151.[396] Por fim, ainda que fossem admitidas as restrições sob algum critério atual de proporcionalidade, é certo que as Convenções facultaram a cada Estado decidir sobre elas, de modo que as limitações não subsistem como critério científico, pois o que é científico deveria ser universal.

Em tema de discriminação injustificada, cabe lembrar as Convenções 100 e 111, que respectivamente tratam da igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e feminina e da discriminação em matéria de emprego e profissão. Em rigor, a Convenção 100 não possui válvulas de escape. Ao prever variações nacionais, a Convenção 111 fala de discriminação positiva,[397] o que se tem considerado razoável e proporcional; ela prevê, porém, uma exceção ao princípio da não discriminação que revela bem a condescendência com os Governos: a possibilidade de perseguição aos suspeitos de prejudicarem a segurança do Estado.[398]

Embora tal exceção preveja um direito de defesa, há permissividade excessiva com linguajar perigosamente próximo a regimes autoritários.[399] O Ministério Público brasileiro, a esse propósito, tem tentado reparar prejuízos sofridos por empregados de empresas privadas durante os Governos militares de 1964 a 1985; como aponta o recente caso da Volkswagen,[400]

---

[395] Eis a tese de repercussão geral fixada no RE 633.782: "É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial". É oportuno conferir trecho da ementa: "Ausente, portanto, qualquer incompatibilidade entre o regime celetista existente nas estatais prestadoras de serviço público em regime de monopólio e o exercício de atividade de polícia administrativa pelos seus empregados" (STF, Plenário, RE 633.782, Rel. Min. Luiz Fux, 26/10/2020).

[396] Eis as transcrições respectivas: "Os trabalhadores da Administração Pública devem usufruir de uma proteção adequada contra todos os atos de discriminação que acarretem violação da liberdade sindical em matéria de trabalho"; "As organizações de trabalhadores da Administração Pública devem usufruir de completa independência das autoridades públicas".

[397] Eis seu artigo 5:2: "Qualquer Membro pode, depois de consultadas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural".

[398] "Não são consideradas como discriminação qualquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional".

[399] Não é por acaso que, em 1966, o regime militar incluiu, no artigo 482 da CLT, nova hipótese de justa causa: "Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional".

[400] "A Volkswagen do Brasil assumiu o compromisso de destinar R$ 36,3 milhões a ex-trabalhadores da empresa presos, perseguidos ou torturados durante o governo militar (1964-1985) e a iniciativas de promoção de direitos

as investigações que o regime fazia sobre seus opositores recebiam a colaboração dos empregadores.

As últimas duas convenções fundamentais tratam de trabalho infantil. A Convenção 138 da OIT, relativa à idade mínima de admissão ao emprego, apesar de dispor, em seu artigo 2:3, que "a idade mínima fixada nos termos do parágrafo 1º deste Artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos", autoriza, em seu artigo 2:4, que "o País Membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá (...) definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos". O artigo 4, por sua vez, autoriza que um limitado número de categorias de emprego ou trabalho sejam excluídos da aplicação da Convenção. O artigo 5 autoriza que "o País Membro, cuja economia e condições administrativas não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá (...) limitar inicialmente o alcance de aplicação desta Convenção".

A propósito especificamente da Convenção 138, Rodrigo Octávio Broglia Mendes, em tese voltada à arbitragem comercial, chega a defender que, na apreciação hipotética de contrato comercial em que uma das partes empregue trabalho infantil, o Tribunal possa invocar, em nome da "ordem pública transnacional", esse tratado da OIT, ainda que as "partes não tenham feito referência expressa às 'normas de direito internacional'", de modo a identificar "critérios para determinar um limite de idade abaixo do qual a 'comunidade internacional' reputa reprovável".[401] Os critérios que ele propõe, contudo, não são claros e ainda incorrem no mesmo risco observado no presente tópico,[402] afirmando que o árbitro "[*b*]uscará, portanto, elementos para realizar uma 'decisão arbitrária, mas com fundamentos' e

---

humanos e difusos. A disponibilização dos recursos foi anunciada na quarta-feira (23), em uma nota pública dos Ministérios Públicos Federal (MPF), do estado de São Paulo (MP/SP) e do Trabalho (MPT). As três instituições firmaram com a Volkswagen um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), um acordo extrajudicial que estabelece obrigações à empresa para que não sejam propostas ações judiciais sobre a cumplicidade da companhia com os órgãos de repressão da ditadura (...) Outros R$ 10,5 milhões reforçarão políticas de Justiça de Transição, conjunto de medidas adotadas para o enfrentamento do passado ditatorial, como projetos que resgatam a memória sobre as violações aos direitos humanos e a resistência dos trabalhadores na época. (...) Os R$ 4,5 milhões restantes serão destinados à Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) para o financiamento de novas pesquisas sobre a colaboração de empresas com a ditadura e para a identificação das ossadas de presos políticos encontradas em vala clandestina no cemitério de Perus, em 1990." (ASSOCIAÇÃO Nacional dos Procuradores da República. *Ministérios Públicos e VW assinam TAC sobre repressão na ditadura*. 24 set. 2020. Disponível em: https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/24533-ministerios-publicos-e-vw-assinam-tac-sobre-repressao-na-ditadura. Acesso em: 09 nov. 2020).

[401] MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 161.

[402] "[*O árbitro*] verificará, também, que talvez seja necessário avaliar as condições econômicas do país para se determinar se, para algumas idades e para determinados trabalhos, existe alguma justificativa para empregar trabalho de crianças por volta da linha limite – para o árbitro pode fazer diferença se as crianças que trabalham para um dos litigantes está somente 'pouco' abaixo da idade limite? – etc" (*Idem*).

poderá, ou não, entender que o emprego de trabalho infantil é contrário à ordem pública transnacional".[403]

Essa indefinição normativa – princípios universais, convenções internacionais, deferência à legislação nacional – repete-se em diversos tratados da OIT e em outros de direitos econômicos, sociais e culturais, cuja análise exaustiva é desnecessária para o reforço da premissa aqui ofertada.

O que se abordou, neste exercício de análise econômica, não ignora que, nas últimas décadas, tem-se afirmado um direito cogente quanto ao trabalho forçado e à vedação à discriminação. O "jus cogens", porém, além de afetar apenas parte do debate aqui trazido, envolve hipótese de nulidade superveniente de tratado, enquanto o que ora se aborda refere-se à técnica tratadística. Ainda que a norma imperativa de direito internacional geral *sobrevenha* aos tratados, sua incidência pressupõe, por óbvio, um tratado já existente, cuja redação permissiva é tão criticada neste capítulo.[404]

Por fim, deve-se lembrar também que, embora os princípios e direitos previstos nas convenções fundamentais da OIT sejam considerados fundamentais segundo a Declaração de 1998, dispensando as respectivas ratificações, o próprio Estado signatário poderá fundamentar eventual limitação na concretização de um princípio fundamental – por exemplo, a proibição do trabalho infantil – a partir das autorizações previstas nas próprias convenções.

Bangladesh, por exemplo, ratificou a Convenção 182, mas não a Convenção 138, de modo que proíbe as piores formas de trabalho para menores de dezoito anos, mas não se comprometeu a indicar uma idade mínima para o trabalho. O Brasil ratificou ambas as convenções, mas prevê uma idade mínima de 16 anos para o trabalho em geral, salvo a hipótese de contrato de aprendizagem, a partir dos 14 anos. Ressalta-se que as regras de interpretação de tratados, previstas na CVDT, [405] não impedem a redução da idade mínima, pois a própria Convenção 138 chega a prever 13 anos em determinadas situações econômicas; mesmo que se trate de convenções de direitos humanos, as variações nacionais não são, em

---

[403] *Idem*. Sobre o tema, cf. item 5.2.2 adiante.

[404] Eis o artigo 53 da CVDT: "É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza". Eis o artigo 64: "Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se".

[405] Eis as previsões pertinentes da CVDT: "Artigo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé. Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

rigor, sequer reservas feitas pelo Estado, mas exercício de faculdades previstas no próprio tratado. Esclareça-se: se o direito ali previsto é universal, o tratado não deveria prever as alternativas locais.

Tudo isso faria intuir que seria muito mais estratégico, para um Estado, ratificar a convenção, para, uma vez aderindo à sua *letra*, e não apenas ao seu *espírito*, invocar a primeira contra o segundo. Nesse exato sentido, não é surpresa descobrir que o número de ratificações das convenções fundamentais, após a Declaração de 1998, aumentou.[406]

B) Reaproximação do DIP

Clóvis Beviláqua, escrevendo no início do século XX, defendia que a elaboração das regras de direito internacional privado pelos Estados deveria acompanhar os "interesses gerais da humanidade",[407] porque, ao regular as situações jurídicas "plurilocalizadas", o Estado não está regulando direito seu, mas dos indivíduos, "e o ponto de vista desse direito deve ser individual, humano, universal, e não o da utilidade local ou nacional".[408]

A doutrina do direito internacional privado tem padecido, em certas latitudes e fases históricas, de nacionalismo exacerbado, dentro do qual se compreenderia a afirmação de normas de aplicação imediata com fundamentos de política econômica. Como afirmava Miaja de Muela, após a Primeira Guerra Mundial, o desenvolvimento do DIP se inferiorizou em relação ao que experimentara no século XIX e no início do século XX;[409] coincidentemente, foi o período de surgimento da maioria das legislações nacionais do trabalho, em articulação com a OIT.

O nacionalismo não se confunde com o estatalismo, mas não deixa de ser reforçado por ele. Ao se afirmar, por exemplo, que "as relações extraterritoriais dos indivíduos somente são asseguradas dentro da sociedade internacional *formada pelos Estados*",[410] há uma inversão do raciocínio: primeiro, território é um conceito escolhido pelo Estado, mesmo quando se trata de espaço politicamente contestado; "assegurar" só seria exclusividade do

[406] O aumento é noticiado em TAPIOLA, Kari. *The teeth of the ILO*: the impact of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Genebra: ILO, 2018, p. 38.
[407] BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [*1906*], p. 59.
[408] *Ibid*., p. 60.
[409] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 128-129.
[410] TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 68, sem grifos no original.

Estado, se não houvesse arbitragem, e esta tem sido afastada, permitida ou condicionada pelo próprio Estado.

Se o Juiz é considerado agente do foro, o problema das normas de aplicação imediata pode enfrentar óbices comportamentais, à medida que há incentivos a que os Magistrados não se desviem dos parâmetros defendidos pela política econômica nacional – sejam eles ampliativos ou restritivos de padrões trabalhistas.[411] De fato, a doutrina pode ter absorvido esse viés, ao se habituar a observar os limites à aplicação do direito estrangeiro em função dos interesses do Estado,[412] e não apenas os da sociedade ou de alguma experiência de diferenciação funcional interna. Como lembra o Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco, Cláudio Souto,"[*q*]uando não se pode apelar para a ciência, é fácil apelar para o poder. Apelou-se então para a soberania, como último fundamento. (...) Esse é o defeito básico do 'Direito Internacional Privado' contemporâneo. Um defeito de irracionalidade".[413]

Resumindo a crítica em termos econômicos, observa-se que, a despeito dos propósitos de elevação da condição humana, compartilhados pelo direito internacional do trabalho, pelo direito internacional dos direitos humanos e pelo direito internacional privado, construíram-se *incentivos* ao *comportamento* dos Estados que, agindo *racionalmente*, para maximizar o que entenderam como seu próprio *interesse*, geraram *externalidades negativas* aos verdadeiros beneficiários das convenções de direitos econômicos, sociais e culturais. A estruturação dos tratados de direitos humanos, assim, não tem gerado um resultado eficiente.

O direito foi capturado pelo Estado, e o restabelecimento dos propósitos originais do projeto cosmopolita e humanista pode ser feito com um reposicionamento da atenção dos conceitos do direito do trabalho e do DIP. Tal é a proposta encampada pelo próximo capítulo.

---

411 "[*O*] fato de o direito do trabalho ter sido usado por governos autoritários como forma de cooptação das massas e represamento de reivindicações legítimas também demora a ser assimilado pela sociedade. Aliás, nesse particular também é curioso desenvolver o estudo da utilização do direito do trabalho como forma de denegar a emancipação das condições de trabalho e como forma de proteção aos investimentos e às grandes concentrações de capital. Por exemplo, em alguns países e em alguns momentos históricos, a legislação trabalhista chegou a proibir a negociação coletiva para melhorar as condições de trabalho, sob o singelo argumento de que a concessão de algum benefício adicional pelo empregador poderia gerar uma onda de inveja propulsora de reivindicações adicionais por parte dos empregados das empresas concorrentes, que, sob semelhantes condições de trabalho, não conseguiram alcançar os mesmos complementos salariais ou indenizatórios. O exemplo da proibição legal ao acordo coletivo in mellius me parece suficiente para se chamar atenção do papel nem sempre emancipador do direito do trabalho, como nossa consciência tende automaticamente a imaginar." (SILVA, Homero Batista Mateus da. Um dia, talvez, haverá uma reforma trabalhista. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 493-514, fev./2019, tópico 2)

412 "Tais limites [*à aplicação direta ou indireta da lei estranha ou estrangeira*] representam uma interrupção, um desligamento da operação lei-estrangeira, em defesa dos interesses fundamentais do Estado do foro e dos respectivos súditos, num controle extremo da entrada das leis e dos indivíduos estranhos ou estrangeiros" (VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 487)

413 SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 128.

4 APLICAÇÃO IMEDIATA EM DIREITO DO TRABALHO

No contexto do raciocínio consequencialista da adjudicação privada, apontado no capítulo anterior, o Tribunal Arbitral tende a pesquisar a existência de normas de aplicação imediata nos sistemas porventura relacionados à disputa, ante o risco de sua sentença ser retaliada pelo Poder Judiciário (3.1).

No Brasil, se o STJ ou a Justiça do Trabalho resistirem à arbitragem com excessiva exclusividade no trato do direito estatal brasileiro, esse nacionalismo pretensamente protecionista, além de refletir os *incentivos comportamentais* examinados em análise econômica (3.2), acabará redundando na desconsideração de sentenças em si adequadas, mas não-reconhecidas pelos juízos estatais com base em critérios arbitrários. O rigor técnico tanto dos agentes públicos quanto dos decisores privados é necessário.

Especialmente desde a Lei Federal n° 13.655/2018, o casuísmo judiciário deve ceder espaço à previsibilidade e ao consequencialismo, conforme os artigos 20 e 23 da LINDB, de modo que, preenchendo conteúdo indeterminado, pleno de valores – como, segundo a doutrina de DIP, é a ordem pública em seus vários graus –, o Judiciário deverá ponderar as consequências práticas da decisão e, quando necessário, indicar um regime de transição.[414]

Como esta tese, buscando esse rigor técnico, pretende ser um contributo teórico para a viabilidade da arbitragem trabalhista, é oportuno examinar os atuais elementos de conexão no DIP laboral brasileiro (4.1) e se as normas estatais oferecem bases suficientes, para serem consideradas transnacionalmente imperativas (4.2).

4.1 A LEI APLICÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme se mencionou na Introdução, o direito internacional privado *do trabalho* se ressente de exploração adequada na doutrina, especialmente a brasileira. Este tópico pretende examinar as contribuições da literatura especializada (4.1.1) e as regras conflituais ensaiadas pelo legislador brasileiro (4.1.2).

[414] Eis a redação da LINDB: "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (...) Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais". Destaca-se que tal inovação legislativa, em vez de referir-se à "ordem pública", falou de "interesses gerais"; nesse contexto, cabe reforçar que a deferência às situações jurídicas consolidadas – ainda que no estrangeiro – também contribui para a estabilidade social.

4.1.1 As propostas doutrinárias

Já havia referências ao conflito de leis nos contratos previstos no Código Comercial de 1850, mas, apenas com o Código Civil de 1916, em sua respectiva Introdução, o Brasil passou a ter um "corpo orgânico de normas conflituais".[415] O direito brasileiro do trabalho foi consolidado em 1943, um ano depois da vigente lei de nacional de DIP, que é de 1942. Embora houvesse, antes disso, esparsas regulamentações sobre as relações de emprego – as quais já se distinguiam das locações de serviço, desde o início do século –, é fato que a então Lei de Introdução ao Código Civil não ofereceu regras peculiares para o contrato de trabalho "plurilocalizado", isto é, regras que incorporassem a preocupação com o desnível contratual entre empregado e empregador.[416] Como o legislador brasileiro só ofereceria alguns critérios específicos na Lei Federal n° 7.064/1982, coube à doutrina, por muito tempo, sugerir o tratamento conflitual especializado, com as variações que se abordam a seguir.[417]

A) *Favor operarii*

Reforçando posição recorrente na literatura trabalhista contemporânea,[418] Gilda Russomano defende a aplicação, em DIP, do "princípio da lei mais favorável ao empregado", apontando ser ideia oriunda do Direito Penal Internacional.[419]

A própria autora reconhece, contudo, que se trata de difícil aplicação prática, pois é possível que a lei mais favorável, na análise do conflito específico, integre ordenamento menos favorável, em seu conjunto.[420] Assim, ela defende que a lei estrangeira só seja aplicada, para ampliar "o direito local em proveito do trabalhador. A ressalva satisfaz, do ponto de vista teórico, e as dificuldades práticas poderão ser ultrapassadas pela argúcia e pelo

---

[415] RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 10.
[416] "Não existe nenhuma particularidade nesses conflitos em si mesmos. (...) A natureza das normas 'conflitantes' e, bem assim, o fim social que as justifica, portanto, atribuem à solução e, não ao conflito em si, traços peculiares, que pedem a cuidadosa atenção do jurista" (RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 92).
[417] Além de autores brasileiros, analisou-se a contribuição de Moura Ramos e de Werner Goldschmidt.
[418] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 142; CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 179.
[419] RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 207.
[420] *Idem*.

prudente arbítrio do juiz".[421] Em que pese o valor da obra da professora gaúcha, não há propriamente uma solução, mas espaço excessivo para o casuísmo.

Embora a autora haja considerado que a lei mais favorável era princípio desenvolvido apenas pela doutrina trabalhista, sem força normativa,[422] sua obra de 1979 foi superada pela redação do artigo 7º, *caput*, da Constituição de 1988, que previu, de fato, a possibilidade de ampliação dos direitos dos trabalhadores, até mesmo, contra a hierarquia normativa tradicionalmente atribuída às manifestações normativas do Estado brasileiro, isto é, Constituição > leis > decretos da Presidência da República > atos administrativos do Ministério especializado.

De fato, em precedente obrigatório fixado em 2020,[423] o STF considerou aplicável à relação de trabalho um dispositivo do Código Civil, que previa responsabilidade objetiva,[424] ainda que este contradissesse a previsão constitucional de responsabilidade subjetiva.[425] Consagrou-se, assim, pela Corte, a interpretação de que o artigo 7º assegura o princípio da norma mais favorável no âmbito trabalhista.[426]

No contexto da aplicação da lei mais favorável, Octavio Bueno Magano identifica três possibilidades de interpretação: o "cotejo global"; a "comparação entre preceitos isolados"; o "confronto de institutos". Quanto à primeira, ressalta ser "impossível afirmar-se em abstrato que o sistema de proteção social de um país mostra-se melhor do que o de outro";

---

[421] *Ibid.*, p. 210.
[422] *Ibid.*, p. 169 e 210.
[423] Sobre os precedentes, cf. o início do item 2.2.2-A.
[424] "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *Parágrafo único*. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem" [*sem grifos no original*].
[425] "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa".
[426] Eis trecho da ementa: "(...) 1. A responsabilidade civil subjetiva é a regra no Direito brasileiro, exigindo-se a comprovação de dolo ou culpa. Possibilidade, entretanto, de previsões excepcionais de responsabilidade objetiva pelo legislador ordinário em face da necessidade de justiça plena de se indenizar as vítimas em situações perigosas e de risco como acidentes nucleares e desastres ambientais. *2. O legislador constituinte estabeleceu um mínimo protetivo ao trabalhador no art. 7º, XXVIII, do texto constitucional, que não impede sua ampliação razoável por meio de legislação ordinária. Rol exemplificativo de direitos sociais nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal. 3. Plena compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao permitir hipótese excepcional de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, outros riscos, extraordinários e especiais. Possibilidade de aplicação pela Justiça do Trabalho*. 4. Recurso Extraordinário desprovido. TEMA 932. Tese de repercussão geral: 'O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade'." (STF, Plenário, RE 828.040, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pub. 26/06/2020, sem grifos no original).

quanto ao segundo, destaca que "o sentido exato na norma jurídica" só se apura quando apreciada em relação a outras da mesma matéria; prefere, assim, o terceiro,[427] que, de fato, foi consagrado parcialmente pela lei brasileira, comentada no subitem 4.1.2-A, a seguir.

Uma ressalva interessante ao princípio da lei mais favorável em DIP consta de recente julgado da 4ª Turma do TST,[428] cujo acórdão defendeu, sem citação doutrinária, que, no caso de trabalho de brasileiro em navio sob bandeira estrangeira, o princípio não se aplica, pois não se trata de conflitos entre *leis distintas*, mas sim entre *sistemas jurídicos distintos*.[429]

Nesse contexto, embora o princípio da norma mais favorável tenha sido reconhecido pelo STF, o precedente vinculante da Suprema Corte examinou o confronto entre dois instrumentos normativos *nacionais*, a Constituição e o Código Civil, de modo que não há posição definitiva de aceitação do critério "favor operarii" no DIP trabalhista brasileiro, antes se vislumbra a tendência de o TST afastá-lo.

Para além da jurisprudência brasileira, é oportuno ponderar a justeza da solução. Embora a alocação dos riscos do negócio, ressaltada "principiologicamente" pela recente Lei Federal n° 13.874/2019,[430] não possa ser imposta ao trabalhador ou ao empregado,[431] a teoria econômica destaca que a empresa, como agente de mercado, já incorpora os custos de

---

[427] MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 131.

[428] Houve recurso para a SbDI-I, e, ao tempo do fechamento desta tese, os autos ainda estavam pendentes de julgamento.

[429] Eis trecho da ementa: "o princípio da norma mais favorável tem aplicação quando há antinomia normativa pelo concurso de mais de uma norma jurídica validamente aplicável a mesma situação fática, o que não é a hipótese do caso concreto, pois não há concorrência entre regras a serem aplicáveis, mas sim conflito de sistemas". No voto, assim consta: "Como se sabe, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, ao realizar a 94ª Sessão, editou a Convenção Internacional de Trabalho Marítimo ou Convenção MLC 2006, assegurando direitos a todos os tripulantes de embarcações, independente de suas nacionalidades. O pressuposto inarredável da referida Convenção é, de um lado, que aos trabalhadores marítimos 'se podem aplicar as disposições de outros instrumentos da OIT e de que eles devem usufruir das liberdades e direitos fundamentais reconhecidos a todas as pessoas' e, por outro, que 'as atividades do setor marítimo se desenvolvem em todo o mundo e que os marítimos devem por isso beneficiar de uma proteção especial'. Por isso, referida norma internacional, de forma meticulosa, disciplinou inúmeros direitos e garantias aos empregados tripulantes de embarcações, objetivando garantir respeito à dignidade e às melhores condições de trabalho, mas sempre considerando as peculiaridades da atividade marítima, buscando um tratamento isonômico e especial, exatamente pela impossibilidade de cada tripulante 'levar consigo' a legislação de sua nacionalidade, o que levaria a contratante a observância de sistemas jurídicos distintos, submetendo os tripulantes a condições de trabalho diferentes umas das outras, algo impensável numa organização empresarial." (TST, 4ª Turma, RR-1829-57.2016.5.13.0005, Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 01/02/2019).

[430] Eis a inovação acrescida ao Código Civil, sem grifos no original: "Art. 421-A. Os contratos *civis e empresariais* presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; *II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada*; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada".

[431] Eis a consagração da alteridade na CLT, sem grifos no original: "Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, *assumindo os riscos da atividade econômica*, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (...) Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, *sob a dependência deste* e mediante salário".

transação no planejamento de suas atividades,[432] de modo que as consequências econômicas da norma mais favorável, no direito internacional privado do trabalho, seriam imprevisíveis.

Mesmo o empregador diligente, que pretende adimplir todas as obrigações previstas na legislação do trabalho, ver-se-ia em uma permanente imprevisão normativa, caso a lei mais favorável fosse critério de *julgamento* de disputa "plurilocalizada", ou, ainda, caso o trabalhador pudesse escolher, perante o juízo estatal ou arbitral, a lei que regerá uma relação jurídica *já consumada*.

Situação bem distinta é se houvesse regras conflituais claras para o contrato individual de trabalho, tal como o supracitado Regulamento Roma I; ainda que se possa criticar a adequação dos critérios ali previstos, trata-se, em verdade, de balizas claras para as partes do contrato, especialmente para que o tomador de serviços possa ponderar os custos da relação de trabalho e se preparar para a transação.

Sem previsão específica em regra conflitual, a tese da lei mais favorável cria uma cogência transnacional ao talante do trabalhador, e foge a qualquer parâmetro jurídico contemporâneo pensar na escolha da lei aplicável a um contrato, por apenas um dos contratantes, *após a execução do pactuado*.

Em suma, embora a proteção ao trabalhador possa ser admitida como critério norteador da *criação do direito*, não pode servir como critério de determinação da lei *aplicável*, sendo necessário inquirir elementos de conexão mais adequados.

B) *Lex loci contractus*

Em rigor, a aplicação da *lei do local da contratação* está prevista, para obrigações em geral, no artigo 9º, *caput*, da LINDB.

Embora criticado com base no reduzido espaço reservado à autonomia das partes no direito do trabalho,[433] o critério tem sido invocado nos casos de trabalhadores em transporte aéreo ou fluvial, em que a viagem ocorre por período certo de tempo, "irradiando-se", assim,

---

[432] COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito* [*The firm, the market, and the law*]. Trad. Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 [*1988*], capítulos 4 e 5.

[433] MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166, p. 135-136.

a lei da origem[434] para "viagens redondas", quando o serviço é contratado em determinado lugar, para depois ser prestado brevemente em outra localidade.[435]

O conceito pode ser útil para serviços domésticos, especialmente em um dos mais promissores mercados de trabalho deste século: o mercado de cuidado, incluindo enfermeiros e fisioterapeutas.[436] O elemento citado, contudo, não pode ser aplicado, quando as partes têm origens diversas, mas apenas quando partem de um mesmo território, para uma viagem temporária no exterior. Essa cautela ajudaria a combater o tráfico de pessoas, chaga ainda presente e narrada em casos muito recentes no Brasil.[437]

Para o caso das viagens, contudo, o critério do local da contratação inverte o raciocínio. Em verdade, se o empregado exerce, por período de tempo determinado, atividade laboral no estrangeiro, de forma excepcional – como um professor que realiza excursão com seus alunos, ou um pesquisador que realiza missão de estudos –, realmente não faz sentido conectar o trabalho com a lei estrangeira;[438] assim, não é que o local da contratação prevaleça, e sim que o local de exercício profissional não será, em rigor, alterado pela "viagem redonda". Outros elementos de conexão, portanto, podem ser aplicados de forma lógica.

Situação diversa envolve trabalhos, como o aquaviário e o marítimo, em que a viagem é pressuposto necessário do exercício profissional, de modo que elementos estranhos ao local da contratação podem revelar-se mais próximos da prestação de serviços. É o momento de verificar, então, o critério do local da execução.

---

[434] CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 179.
[435] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 376.
[436] Para dados sobre o mercado de cuidado, ou "care work", cf. INTERNATIONAL Labour Office. *Care work and care jobs for the future of decent work*. Genebra: ILO, 2018.
[437] EMPREGADA doméstica indígena é resgatada de trabalho escravo em São José dos Campos, SP. *G1 Vale do Paraíba e Região*, 04 set. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2019/09/04/empregada-domestica-indigena-e-resgatada-de-trabalho-escravo-sao-jose-dos-campos-sp.ghtml. Acesso em: 09 nov. 2020; LOCATELLI, Piero. "Você nem parece gente": empregadora é investigada por manter doméstica filipina trancada por 8 meses, sem folga e sob ameaças. *Repórter Brasil*, 29 mai. 2020. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2020/05/voce-nem-parece-gente-empregadora-e-investigada-por-manter-domestica-filipina-trancada-por-8-meses-sem-folga-e-sob-ameacas/. Acesso em: 09 nov. 2020.
[438] Nesse sentido, eis a previsão da parte final do artigo 8:2 do Regulamento Roma I: "Não se considera que o país onde o trabalhador presta habitualmente o seu trabalho mude quando o trabalhador estiver temporariamente empregado noutro país". A Lei Federal n° 7.064/1982 estipula prazo determinado: "Art. 1º. Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior. *Parágrafo único*. Fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar *serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias*, desde que: a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade; b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial" (sem grifos no original).

C) *Lex loci executionis*, ou *lex loci laboris*

Moura Ramos ressalta a "preferência generalizada pela lei do lugar da execução habitual da prestação laboral (...) na medida em que ela revela necessariamente uma ligação real e efectiva da relação à ordem jurídica em questão", com a ressalva já esposada no subitem "B" *supra*.[439] De fato, o critério encontrava ressonância na jurisprudência do TST, que chegou a editar, em 1985, uma súmula sobre o tema, conquanto cancelada desde 2012.[440]

Werner Goldschmidt invoca tal elemento, para reger os efeitos do contrato,[441] enquanto Irineu Strenger aponta ser tecnicamente insuficiente ter o local da contratação como elemento de conexão.[442] Oscar Tenório parte do pressuposto equivocado de que o direito do trabalho se integra ao direito público, portanto indica, de forma prolixa, a aplicação, em regra, da lei do lugar da execução do contrato, sem oferecer argumentos que fundamentem a defesa de tal tese.[443] Osíris Rocha, por seu turno, prefere o mesmo elemento de conexão, mas o justifica, apontando a necessidade de garantir igualdade entre nacionais e estrangeiros[444] e invocando a interpretação conjunta[445] dos artigos 9º, § 1º, da LINDB[446] e 651 da CLT.[447]

---

[439] MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166, p. 142.

[440] "Súmula nº 207 do TST. CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA 'LEX LOCI EXECUTIONIS' (cancelada) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012. A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação".

[441] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 376.

[442] "[*O*] princípio da *lex loci executionis* não corresponde ao que se pretendeu chamar lugar normal do trabalho, sendo muito comum na doutrina que se confunda inclusive a *lex loci actus* e a *lex loci contractus*. No que se refere especificamente à *lex loci executionis*, originalmente proposta por Savigny, a qualificação deve ser dada pela lei do obrigado (...) e não pela *lex loci*, já superada como técnica na solução de tais problemas. Aliás, a *lex loci executionis* depende de outros elementos acessórios, sem os quais não é possível a determinação do direito aplicável, *verbi gratia* vontade das partes, situação local, domicílio, nacionalidade etc." (STRENGER, Irineu. Regime jurídico de relação empregatícia em direito internacional privado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 73, p. 27-35, mai.-jun./1988).

[443] TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 334 e 341-347.

[444] "[*P*]referência pela lei do lugar da execução, porque o trabalho exercido aqui, seja por estrangeiros ou nacionais, seja por contratados no país, seja por contratados no estrangeiro, obedecerá, sempre, à mesma lei, garantindo aquela uniformidade considerada indispensável à harmonia das relações entre patrões e empregados localizados no país. Por outro lado, pode perfeitamente acontecer que a aplicação, por exemplo, da lei do lugar do contrato pudesse provocar estranheza no meio social local", quando nacionais e estrangeiros, nas mesmas funções, fossem submetidos a estatutos diversos (ROCHA, Osíris. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 219).

[445] *Ibid*., p. 220.

[446] "Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato."

[447] "A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento [*isto é, da Justiça de Trabalho em primeira instância*] é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro".

Embora os dispositivos que fundamentam essa construção teórica permaneçam vigentes, o local da execução soa, na prática, como um elemento datado no contexto das relações trabalhistas, seja pela digitalização contemporânea, seja pela transnacionalidade das cadeias produtivas.

Por um lado, enquanto a "virtualização" é a grande tendência entre trabalhadores intelectuais, as profissões mais inovadoras, inexistentes há uma década, como "YouTuber", "TikToker" e "digital influencers" em geral, dependem de um ambiente eletrônico que não corresponde, de forma alguma, à mina, ao pátio de fábrica ou à oficina de costura. Nesse contexto, a França, desde 19 de outubro de 2020, conta com lei específica a regular o trabalho infantil de influenciadores mirins,[448] sinalizando que a preocupação do direito do trabalho se desloca para um ambiente que não é, em rigor, físico, "local".

Por outro lado, no contexto das cadeias produtivas, a experiência paradigmática de Rana Plaza, narrada no tópico 2.1 *supra*, demonstrou ser difícil a efetividade dos direitos trabalhistas no país de prestação de serviços. Ampliando o debate para o direito econômico, observa-se que os debates sobre cláusulas sociais em acordos internacionais de comércio demonstram o receio quanto ao "race to the bottom",[449] ou seja, certa tendência de países em desenvolvimento tentarem atrair investimentos em virtude de fracos padrões "socioambientais".

Ainda, como esta tese tem ressaltado uma necessária relação entre o direito internacional dos direitos humanos e a solução dos conflitos trabalhistas, um problema mais recente da territorialidade é a potencial submissão de questões a Cortes internacionais de direitos humanos, quando os próprios territórios são contestados.[450]

Em suma, tanto o *local de trabalho* quanto o *território* revelam-se paradoxalmente insuficientes para uma solução segura dos conflitos *espaciais* de leis laborais, à luz das garantias asseguradas em tratados.

---

[448] RÉPUBLIQUE Française. LOI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne. *Légifrance*, 20 out. 2020. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054?r=4lHoOFGh7Y. Acesso em: 09 nov. 2020.

[449] Sobre o tema, cf. OLNEY, William. A race to the bottom? Employment protection and foreign direct investment. *Journal of International Economics*, v. 91, n. 2, p. 191-203, 2013.

[450] O debate tem sido cada vez mais numeroso devido aos conflitos separatistas envolvendo simpatizantes da Federação Russa e países de seu entorno. Em alguns casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos entende que tanto ao Estado territorial original – por exemplo, a Moldávia sobre o território da Transnístria – quanto ao que exerce funções soberanas de fato – a Rússia – se pode exigir a observância das obrigações convencionais. Sobre as falhas de tal jurisprudência, cf. MILANOVIC, Marko; PAPIC, Tajiana. The applicability of the ECHR in contested territories. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 779-800, out./2018.

D) *Ius professionis*

Invocando a subordinação[451] e ressaltando que o trabalhador não se associa aos riscos do empregador,[452] Amílcar de Castro defende a aplicação ao contrato de trabalho do direito que rege a própria empresa.[453]

Werner Goldschmidt invoca tal elemento para reger a validade do contrato,[454] mas a distinção, no caso do contrato de trabalho, é de difícil determinação.[455] Embora o lugar da execução do contrato seja mais adequado segundo Moura Ramos, o professor conimbricence admite a lei do domicílio do empregador, quando o lugar da execução habitual do trabalho não seja identificável, ou seja, distribuído por Estados vários;[456] essa "subsidiariedade" também está indicada no artigo 8:3 do supracitado Regulamento Roma I.

O elemento encontra ressonância no debate contemporâneo sobre as "supply chains", especialmente diante de iniciativas de responsabilização jurídica das empresas beneficiárias finais, verificadas no Reino Unido, nos Países Baixos, na França e, mais recentemente, na Alemanha e na Suíça. Embora essas iniciativas do Norte Global, apreciadas no subitem 5.2.1-B, visem à responsabilidade das beneficiárias finais das cadeias produtivas, fazem perceber que o elemento de conexão que mais eficientemente evitaria fraudes à lei e, ao mesmo tempo, aproximar-se-ia da lei mais protetiva seria o que vinculasse o trabalho à sede decisória da cadeia contratual.

A opção pelo "ius professionis" será revisitada adiante.

---

[451] "A dependência é resultante da inserção na empresa. Essa inserção determina a permanência e a subordinação do empregado, a necessidade do empregado, ligando a empresa aos empregados; e a cooperação com outros empregados e dos outros empregados. (...) O trabalhador *subordinado*, ou *dependente*, é aquele que fica sob as ordens e a disciplina do empregador." (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, parte especial, tomo XLVII. Direito das obrigações: contrato de locação de serviços, contrato de trabalho. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 73).

[452] "[*S*]iccome il rischio del lavoro riuscito o non riuscito ricade sull'una o sull'altra delle parti, si intende che questa debba essere libera di dirigere come vuole il processo di produzione del risultato" (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*: lezioni di diritto industriale. Milano: CEDAM, 1930, p. 18).

[453] CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 178.

[454] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 376.

[455] Sem comentar especificamente esta controvérsia, Irineu Strenger explica bem a opção legislativa brasileira: "O conteúdo constitui a parte definidora do ato, e a forma apenas o exprime. A regra que impõe a aplicação da norma do direito da sede do ato quanto à forma extrínseca se apoia no argumento de que o legislador local conhece melhor as exigências de ordem prática para a solução de problemas que envolvem dados de tal natureza" (STRENGER, Irineu. Regime jurídico de relação empregatícia em direito internacional privado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 73, p. 27-35, mai.-jun./1988).

[456] MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166, p. 142.

4.1.2 Contribuições de direito positivo

Embora esparsamente alguns elementos de direito positivo brasileiro optem por um entre os critérios tratados no tópico anterior, nenhum dos instrumentos normativos tem, em si, a estrutura de uma regra conflitual típica, tampouco a pretensão de aplicar-se genericamente às relações de trabalho ou aos contratos de emprego. É pertinente observar, ainda assim, sua possível contribuição ao debate proposto nesta tese.

A) A solução da Lei Federal n° 7.064/1982

Inicialmente projetada para os empregados de empresas de engenharia e serviços conexos, a Lei Federal n° 7.064/1982 sofreu alteração em 2009, para regular "a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior".[457]

A aplicação da lei, embora não se restrinja a nacionais, tem conexões muito específicas com o Brasil, conforme seu artigo 2º: se removido o empregado para o exterior, é necessário que ele já tivesse contrato em execução, no território brasileiro; se cedido à empresa com sede no estrangeiro, deve ser mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro; se contratado por empresa com sede no Brasil, o empregado deve prestar serviços no exterior.

Tal como o projeto de Haroldo Valladão para uma hipotética Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, a lei ressalva o conteúdo mínimo de proteção ao trabalho,[458] demandando que a empresa observe a "legislação do local da execução dos serviços", mas também exige os direitos previstos na lei e "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto [*na Lei 7.064*], quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria". Por fim, esclarece que, respeitadas "as disposições especiais desta Lei, aplicar-se-á a

[457] Transcreveu-se o artigo 1º.

[458] Eis a proposta do professor da UFRJ para as relações de trabalho: "Art. 62. Às relações de trabalho iniciadas, exercidas ou concluídas em território brasileiro aplicam-se as leis brasileiras referentes a direitos, vantagens e garantias, mínimos, do empregado. *Parágrafo único*. Dependendo tais direitos de prazo de atividade do empregado, será também computado o tempo da mesma decorrido no estrangeiro". (VALLADÃO, Haroldo. Apêndice I – Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas. *In*: VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume III: parte especial (fim). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 329.)

legislação brasileira sobre Previdência Social, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e Programa de Integração Social – PIS/PASEP".[459]

Para Octavio Bueno Magano, a lei consagra dois elementos, o "lex loci laboris" e o da lei comum das partes contratantes, já que se aplicaria também à mão de obra "importada".[460] Tal afirmação, contudo, só está correta, se o estrangeiro for contratado no Brasil, para prestar serviço a empresa, considerando a redação do artigo 2º da mesma lei.[461]

Em relação à "aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto [*na Lei 7.064*], quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria" (art. 3º, II), Octavio Bueno Magano enxergou a possibilidade de "acumulação por institutos". Tal proposta enxerga institutos jurídicos autônomos – como o matrimônio e a filiação, no direito das famílias, ou as horas extras e o repouso semanal remunerado, no direito do trabalho – e os agrupa em institutos de maior amplitude – respectivamente, nos exemplos citados, a família e a duração do trabalho.[462]

Além das restrições presentes em sua própria redação, a Lei Federal n° 7.064/1982 aproxima-se da técnica, identificada pela doutrina portuguesa,[463] das normas espacialmente autolimitadas "stricto sensu", pois depende da verificação antecedente de elementos de conexão, como a sede da empresa, para atingir sua eficácia.

---

[459] Trata-se de transcrição do artigo 3º, I e II e parágrafo único, da Lei Federal n° 7.064/1984.

[460] MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 131-132.

[461] Eis a redação do artigo 2º da lei: "Para os efeitos desta Lei, considera-se transferido: I - o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro; II - o empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro; III - o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior".

[462] "A superioridade do apontado critério comparativo, em relação aos demais, bem transparece através de um exemplo. No Brasil, as horas extras trabalhadas além do limite de quarenta e oito horas semanais remuneram-se com o adicional de 20% [*atualmente, 50%*]. Em Angola, onde se encontram trabalhando inúmeros brasileiro [*sic*], as horas extras tornam-se devidas depois de quarenta e quatro horas semanais e se remuneram com o adicional de 50%. Contudo, ao passo que no Brasil o adicional de horas extras incide sobre a totalidade da remuneração, em Angola, a incidência se verifica apenas sobre o salário-base. Se a comparação das duas legislações houvesse de ser feita preceito por preceito, o trabalhador deveria ser cumulativamente aquinhoado com a vantagem da semana de quarenta e quatro horas; com o benefício do adicional de 50%; e com o proveito do cálculo do adicional referido não sobre o seu salário-base e sim sobre o total de sua remuneração. Mas em tal hipótese, não se estaria fazendo aplicação nem da legislação brasileira nem da angolana e sim de um sistema extravagante de normas. Efetuando-se o cotejo entre as duas legislações através do critério aqui preconizado, assegura-se a aplicação genuína da legislação de cada país, sem alterações distorcivas [*sic*]" (MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 131-132).

[463] A doutrina portuguesa ressalta a existência de outra espécie, junto com as normas de aplicação imediata, de normas materiais espacialmente autolimitadas "lato sensu": as normas materiais espacialmente autolimitadas "stricto sensu", que condicionam sua própria aplicação à conferência de um elemento de conexão. Sobre o tema, cf. PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140, p. 25-27, especialmente p. 27, n. 50.

B) Código Bustamante

A Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, conhecida como Código Bustamante e aprovada em 1928, vige no Brasil, desde 1929. Seu artigo 198 prevê a territorialidade da legislação "sobre acidentes de trabalho e proteção social do trabalhador".

O TST enxerga, no Código Bustamante, o "lex loci executionis" puro, isto é, a lei territorial da prestação de serviços, seja onde ele for, embora contemporaneamente tenda a afastar sua aplicação em virtude do princípio da proibição do retrocesso[464] ou em nome do método empírico.[465]

Além da resistência do TST, trata-se de convenção restrita aos Estados americanos que a ratificaram, ou seja, seus critérios não prevalecem, quando os elementos estrangeiros escapam a essa reciprocidade.

Por outro lado, a "proteção social", mencionada no artigo 198, não necessariamente abrange toda a legislação do trabalho. A redação da CLT – posterior ao Código Bustamante – faz perceber a distinção entre a "regulação" do trabalho e a "proteção" do trabalhador,[466]

---

[464] "[*A*] aplicação desse princípio da territorialidade, inscrito no art. 198 do Código de Bustamante, e a própria incorporação da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar não configuram, objetivamente, renúncia ao sistema jurídico nacional de proteção social dos trabalhadores, notadamente em face do que se contem no § 2º do art. 5º da CF, segundo o qual 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.' Ainda relevante notar que os direitos trabalhistas, como espécie de direitos humanos fundamentais, estão vinculados ao espectro de proteção presente no caput do art. 7º da CF, que consagra, de modo expresso, o princípio da proibição do retrocesso, disso resultando que a mera incorporação de diplomas internacionais de conteúdo genérico - como no caso da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar - não pode significar a exclusão dos direitos assegurados na legislação doméstica" (TST, 5ª Turma, RR-10285-19.2016.5.09.0001, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 20/09/2019).

[465] Além do acórdão citado acima, confira-se este: "O Pleno do TST cancelou a Súmula nº 207 porque a tese de que 'A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação' não espelhava a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. E após o cancelamento da Súmula nº 207 do TST, a jurisprudência majoritária se encaminhou para a conclusão de que somente em princípio, à luz do Código de Bustamante, também conhecido como 'Lei do Pavilhão' (Convenção de Direito Internacional Privado em vigor no Brasil desde a promulgação do Decreto nº 18.871/29), aplica-se às relações de trabalho desenvolvidas em alto mar a legislação do país de inscrição da embarcação. Isso porque, em decorrência da Teoria do Centro de Gravidade, (most significant relationship), as normas de Direito Internacional Privado deixam de ser aplicadas quando, observadas as circunstâncias do caso, verificar-se que a relação de trabalho apresenta uma ligação substancialmente mais forte com outro ordenamento jurídico. Trata-se da denominada 'válvula de escape', segundo a qual impende ao juiz, para fins de aplicação da legislação brasileira, a análise de elementos tais como o local das etapas do recrutamento e da contratação e a ocorrência ou não de labor também em águas nacionais" (TST, 6ª Turma, ARR-1525-34.2015.5.09.0028, Rel. Min. Katia Magalhaes Arruda, DEJT 19/12/2019).

[466] "Art. 372. Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo (...) Art. 377. A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário. (...) Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes".

enquanto o debate exposto no item 2.2.1 revela o difícil enquadramento dessas expressões;[467] em consequência, o Código de Havana, por sua própria redação, sofre dificuldades práticas.

Assim, ainda que suas disposições fossem plenamente aplicáveis a qualquer relação trabalhista "plurilocalizada", o impacto do Código, sobre os temas desta pesquisa, é diminuto.

C) Convenções da OIT

Embora as Convenções da OIT não prevejam regras específicas para um método conflitual nacional, eventualmente exigem a igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e estrangeiros,[468] o que também se poderia extrair de outros tratados globais.

A Convenção 111 da OIT, eleita como fundamental pela Declaração de 1988 e assim tratada no subitem 3.2.2-A, proíbe a discriminação nas relações de trabalho, conceituando-a como a "distinção, exclusão ou preferência" fundada, entre outros critérios, na ascendência nacional.[469] A Convenção 97 da OIT, aplicada aos trabalhadores migrantes,[470] prevê, em seu artigo 6º, que àqueles que se encontrem "legalmente" no território do Estado signatário deverá ser assegurado tratamento não inferior ao garantido aos nacionais, em relação a um conjunto de direitos e deveres trabalhistas, como remuneração, horas extras, impostos e acesso ao Judiciário.[471]

---

[467] Ao direito administrativo do trabalho, Octávio Bueno Magano, chamando-o "direito tutelar do trabalho", também oferta posição diferenciada do direito individual de trabalho, definindo aquele como "a parte do Direito do Trabalho composta de regras que podem implicar direitos e obrigações entre empregados e empregadores, mas nas quais predominam deveres dos últimos e, excepcionalmente, dos primeiros, perante o Estado" (MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, vol. IV: direito tutelar do trabalho. São Paulo: LTr, 1987, p. 10) e nele inserindo dispositivos de nacionalização do trabalho, identificação profissional, jornada de trabalho, descanso e os protetivos à criança e à mulher (*Ibid.*, p. 12).

[468] O Brasil ainda não ratificou a Convenção Internacional Sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia-Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1990. Trata-se da Mensagem 696/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados.

[469] "Artigo 1º. 1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados".

[470] "Artigo 11. 1. Para os efeitos da presente Convenção a expressão "trabalhador migrante" designa toda pessoa que emigra de um país para outro com o fim de ocupar um emprego que não será exercido por sua própria conta, e compreende qualquer pessoa normalmente admitida como trabalhador migrante. 2. A presente Convenção se aplica: a) aos trabalhadores fronteiriços; b) à entrada, por um curto período, de pessoas que exerçam profissão liberal e de artistas; c) aos marítimos".

[471] "a) sempre que estes pontos estejam regulamentados pela legislação ou dependam de autoridades administrativas: i) a remuneração, compreendidos os abonos familiares quando estes fizerem parte da mesma, a difusão de trabalho, as horas extraordinárias, férias remuneradas, restrições do trabalho a domicílio, idade de admissão no emprego, aprendizagem e formação profissional, trabalhos das mulheres e dos menores; ii) a filiação a organizações sindicais e gozo das vantagens que oferecem as convenções coletivas do trabalho; iii) a

Como se percebe, a Convenção cria deveres ao Estado brasileiro, em suas manifestações executiva, pois menciona as disposições das autoridades competentes, legislativa, pois trata da possível legislação nacional, e judiciária, à medida que indica expressamente o direito às ações judiciais.

Contudo, não há, nessas convenções, a indicação de uma regra conflitual, mas apenas uma determinação de tratamento igualitário, que, em rigor, também está previsto nos artigos 5º da CRFB, 2:2 do PIDESC e 3 do Protocolo de São Salvador. Em verdade, a Convenção 97 chega a restringir sua aplicação aos imigrantes admitidos *legalmente*, enquanto a Lei de Migração, vigente desde 2017, é mais tolerante nesse aspecto.[472]

Não se poderia sequer afirmar que as convenções consagram o "favor operarii" como critério geral para o DIP brasileiro. Tratar nacionais e estrangeiros com um direito menos favorável – por exemplo, um acordo coletivo menos favorável que uma convenção coletiva – não é, em rigor, discriminatório, desde que essa norma seja aplicada de modo uniforme, sem critério de ascendência nacional.[473] Por outro lado, a Convenção 97 elenca um conjunto de direitos mínimos que se devem assegurar aos trabalhadores *no território brasileiro*, ou seja, o elemento estrangeiro é o trabalhador *imigrante*. Em situações em que o trabalhador brasileiro emigra, a Convenção não se aplica ao processo de adjudicação.

Observa-se, contudo, uma construção discreta, porém comum, em defesa da garantia de direitos mínimos, tanto na Convenção 97 como a Lei Federal n° 7.064/1982 (subitem 4.1.2-A *supra*). Verifica-se, por isso, a oportunidade de se identificarem, nas normas espacialmente autolimitadas, possíveis normas de aplicação imediata, conforme será, enfim, tratado a seguir.

---

habitação; b) a seguridade social (isto é, as disposições legais relativas aos acidentes de trabalho, enfermidades profissionais, maternidade, doença, velhice e morte, desemprego e encargos de família, assim como a qualquer outro risco que, se acordo com a legislação nacional esteja coberto por um regime de seguridade social, sob reserva; i) de acordos adequados visando à manutenção dos direitos adquiridos e dos direitos de aquisição; ii) de disposições especiais estabelecidas pela legislação nacional do país de imigração sob auxílios ou frações de auxílio pagos exclusivamente pelos fundos públicos e sobre subsídios pagos às pessoas que não reúnam as condições de contribuição exigidas para a percepção de um benefício normal; c) os impostos, taxas e contribuições, concorrentes ao trabalho percebidas em relação à pessoa empregada; d) as ações judiciais relativas às questões mencionadas na seguinte convenção [*sic*]".

[472] Eis a redação da Lei Federal n° 13.445/2017: "Art. 4º Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados: (...) § 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte. (...) § 4º (VETADO)".

[473] Eis a previsão do artigo 620 da CLT, na redação da Lei Federal n° 13.467/2017: "As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho".

4.2 DIREITO DO TRABALHO TRANSNACIONALMENTE IMPERATIVO

No contexto trabalhista, a construção doutrinária das normas de aplicação imediata pode ser útil, à medida que ressalta o caráter de *autolimitação espacial* das normas, do tipo que, para ser aplicada, dispensa a leitura de qualquer regra conflitual, ou melhor, constitui ela própria uma "regra de conflitos *ad hoc*".[474]

A expectativa de que as normas de aplicação imediata tenham um âmbito espacial delimitado por si próprias depende, contudo, de uma técnica legislativa específica, cuja ausência no direito brasileiro pode surpreender o decisor. Em verdade, mesmo na doutrina de Portugal, país cuja técnica do DIP positivo é mais sofisticada que no Brasil, admite-se variabilidade das normas de aplicação imediata e casuísmo em sua determinação,[475] de modo que a opção expressa do legislador pode não ser o critério fundamental para especificação das normas de aplicação imediata.[476]

Em suma, seja pela superficialidade do DIP positivo brasileiro, seja pelo papel sempre necessário da crítica acadêmica,[477] cabe observar as bases pelas quais coerentemente algumas normas do direito nacional do trabalho seriam consideradas de aplicação imediata (4.2.1), bem como oferecer uma resposta inicial ao problema proposto (4.2.2).

4.2.1 Bases para análise

Na tentativa de identificação de normas brasileiras de aplicação imediata às relações de trabalho "plurilocalizadas" submetidas à arbitragem, esta tese pontuou as diferenças históricas e normativas do direito do trabalho em relação ao direito comercial, já habituado à arbitragem da LBA e da CNY-1958. Estando fixadas, no capítulo anterior, as bases conceituais e os riscos práticos das normas de aplicação imediata, é o momento de examinar como o direito brasileiro se comportará.

---

[474] PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140, p. 29.

[475] *Ibid*., p. 34-37.

[476] Assim também destaca Francescakis: « les dispositions de ce genre sont en fait une rareté. Les incidences internationales d'une loi interne sont le plus souvent passées sous silence par le législateur. Silence qui prête lui-même à interprétation» (FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974, p. 275).

[477] "[*A*] posição de subordinação apropríst ica do estudo a um sistema legislativo nacional, só acidentalmente levará a resultados científicos, pois contraria a própria ideia de ciência (...) A glosa ainda está evidentemente predominando sobre a ciência, que é abandonada à sua imaturidade" (SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 198-199 e 201).

A) Constituição

Conforme anunciado desde a Introdução, o direito do trabalho tem sido constitucionalizado, em vários países, desde os exemplos pioneiros do México, em 1917, e da Alemanha, em 1919. No Brasil, o constitucionalismo social fincou-se a partir de 1934, na segunda entre as oito Constituições que o país teve.

Na teoria do DIP, as normas de aplicação imediata não se confundem com a Constituição; embora esse documento possa conter os valores fundamentais da sociedade, tanto é possível encontrar esses valores em outras manifestações normativas, quanto o próprio texto constitucional contém matéria estranha a essa fundamentalidade.[478] É, de fato, adequada a posição do DIP, podendo ser reforçada tanto na perspectiva da sociologia do direito quanto na análise econômica do direito.

Do ponto de vista sociológico, observa-se que países de modernidade periférica, como o Brasil – e, em princípio, os demais do Sul Global, em que se realiza o trabalho nas cadeias produtivas transnacionais –, enfrentam o problema da "constitucionalização simbólica": "[*e*]m face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi (...). No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto".[479] Como aponta Marcelo Neves, "essa situação repercute 'ideologicamente', quando se afirma que a Constituição de 1988 é a 'mais programática' entre todas as que tivemos", confundindo-se "a categoria dogmática das normas programáticas, realizáveis dentro do respectivo contexto jurídico-social, com o conceito de constitucionalização simbólica, indissociável da insuficiente concretização normativa do texto constitucional".[480]

Nesse contexto, como efeito da pandemia de 2020, a Presidência da República emplacou, com sucesso, um primeiro experimento de acordo individual contra a Constituição, conforme o artigo 8º da Lei Federal n° 14.020/2020, que é a conversão da Medida Provisória

[478] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 74. A propósito, "a justaposição entre os casos de actuação da ordem pública internacional e os princípios constantes da Constituição não parece poder ser tida como critério para apreciação da reserva de ordem pública [*de DIP*]" (PATRÃO, Afonso. Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017 (...). *Cadernos de Direito Privado*, n. 62, p. 41-67, abr.-jun./2018, p. 59). A ressalva, portanto, vale tanto para as normas de aplicação imediata quanto para a ordem pública externa.
[479] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 186.
[480] *Idem*.

n° 936.[481] Em que pese a patente incompatibilidade do acordo *individual* com a letra do artigo 7º, VI e XIII, da CRFB,[482] o STF indeferiu medida cautelar na ADI 6.363, em 17.04.2020, mantendo a possibilidade de acerto direto entre empregado e empregador, a despeito da ciência ou anuência sindical.[483] Em rigor, reconheceu-se a possibilidade de negociação em hipótese diversa da exceção que a própria Constituição oferece de modo exaustivo, como se a ideia do texto constitucional não fosse precisamente ser aplicado *apesar* da crise sanitária.[484]

Por outro lado, resgatando a análise econômica do tópico 3.2, observa-se que as principais ressalvas do direito brasileiro às convenções fundamentais da OIT residem precisamente na Constituição: à liberdade sindical da Convenção 87, opõe-se a unicidade sindical do artigo 8º, II, da CRFB; à ideal idade mínima de 18 anos para o trabalho, prevista na Convenção 138, opõe-se a opção de 16 anos para o trabalho que não seja noturno, perigoso ou insalubre, e a opção de 14 anos para o contrato de aprendizagem, expressas no artigo 7º, XXXIII, da CRFB.

Portanto, não se pode partir do pressuposto de que os "direitos dos trabalhadores urbanos e rurais", na estrita forma prevista no rol do artigo 7º da Constituição de 1988, são necessariamente normas de aplicação imediata.

B) Pluralismo e o lugar dos regulamentos coletivos

É coerente que esta tese confirme a perspectiva pluralista de direito, "reconhecendo nos corpos autônomos coletivos outros tantos produtores de normas jurídicas positivas, munidas de sanção, à margem do Estado, embora não [*sejam*] contra ele".[485]

---

[481] "Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, fracionável em 2 (dois) períodos de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por prazo determinado em ato do Poder Executivo. § 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado, devendo a proposta de acordo, nesta última hipótese, ser encaminhada ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos."

[482] "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI - irredutibilidade do salário, *salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*; (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho* (...)".

[483] STF, Plenário, ADI 6.363 MC-Ref, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 24/11/2020.

[484] Nesse sentido, "no caso da constitucionalização simbólica ocorre o bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do 'mundo da vida'" (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 93).

[485] Essa é a descrição de pluralismo em MORAES FILHO, Evaristo de. Tobias Barreto – pluralista do direito?! *In*:UNIVERSIDADE do Estado do Rio de Janeiro. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro, 1977, p. 228.

Por um lado, a perspectiva monista de direito interno seria incompatível com a defesa da arbitragem, isto é, seria incongruente considerar uma ordem arbitral, especialmente se inserta em relações transnacionais, bem como a natureza jurisdicional da sentença arbitral, e seguir considerando o monopólio do Estado na produção do direito.

No mesmo sentido, se o direito do trabalho parte do pressuposto da eficácia normativa do resultado das negociações coletivas, então, não se pode restringir a elaboração e o reconhecimento do direito à chancela estatal – o que não se confunde com controle judicial posterior.[486] A existência da pactuação sindical confirma o "plurinormativismo" do direito,[487] à medida que se reforça o reconhecimento da força normativa derivada dos próprios grupos sociais.[488]

Nesse sentido, o artigo 7º, XXVI, da Constituição garante aos trabalhadores urbanos e rurais o "reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho", e os artigos 611-A e 611-B da CLT, introduzido pela Lei Federal n° 13.467/2017 asseguram a prevalência da convenção e do acordo coletivos de trabalho sobre a lei, salvo um número específico de matérias, que hoje repetem os incisos do artigo 7º da CRFB, mas, ao contrário deles, não estão sujeitos aos constrangimentos procedimentais de uma emenda constitucional.

Embora a complexidade das cadeias produtivas contemporâneas possa desviar o foco dos sindicatos, ainda persiste a negociação coletiva transnacional, como se observou no exemplo dos Acordos de Bangladesh, no item 2.1.1. Examinando o DIP trabalhista, Gilda Russomano enxerga duas possibilidades de conflitos: "entre duas convenções, em vigor em distintos Estados, que convergem para regular, ao mesmo tempo, o mesmo fato concreto"; "entre a convenção coletiva de um país e a lei de outro Estado".[489] Acrescenta a possibilidade de dúvida sobre qual lei regerá a convenção coletiva, ou seja, há um conflito de leis, e não de convenções.[490]

A autora alega, ainda, que "as convenções coletivas celebradas por entidades sindicais brasileiras serão regidas, sempre, em todos os seus aspectos, pela lei local",[491] pois

---

[486] Eis o § 3º do artigo 8º da CLT, trazido pela Lei Federal n° 13.467/2017: "No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva".
[487] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 445.
[488] Sobre o tema, cf. MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
[489] RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 111.
[490] *Ibid*., p. 114.
[491] *Ibid.*, p. 115.

elas só podem ser celebradas pelos sindicatos, pelas federações e pelas confederações.[492] O argumento não subsiste, eis que não há impedimento – senão incentivo – a que tais entidades sindicais filiem-se a sindicatos globais. Assim, pode haver elementos de estraneidade na celebração mesma de convênios coletivos.

Amílcar de Castro distingue três tipos de "contrato coletivo" [*sic*]: "o do direito comum, o da intervenção administrativa e o do monopólio do [*G*]overno".[493] Esclarece que o primeiro é celebrado e executado pelas próprias partes, o segundo é celebrado pelas partes e fiscalizado pelo Governo, e o terceiro, imposto por este. Afirma, ainda, que apenas o contrato de segundo tipo interessa ao DIP.[494]

Em verdade, se ao regulamento coletivo se reconhece força normativa, não se pode divisar interesse restrito do DIP na classificação proposta pelo autor. Embora cláusulas normativas não sejam mais impostas pelo Governo, é possível pensar, no cenário atual, em acordos e convenções coletivos celebrados em mediações promovidas por Auditores Fiscais do Trabalho ou por Procuradores do Trabalho, sentenças arbitrais proferidas por membros do MPT ou sentenças normativas da Justiça do Trabalho. Qualquer dessas formas, que envolvem agentes públicos, teria, como efeito, regular as "relações individuais de trabalho durante sua vigência" (CLT, art. 613, IV) e poderiam, em tese, ter repercussões transnacionais.

Nesse sentido, Werner Goldschmidt recorda que, sendo aplicável o direito estrangeiro, este não envolveria apenas as normas estatais laborais, mas também os "convênios coletivos de trabalho", a sentença coletiva, o regulamento interno e qualquer outra fonte formal que o direito do país reconheça para as relações de trabalho.[495]

O autor defende que a validade e os efeitos dos convênios coletivos seguem as regras gerais de DIP, exceto o efeito normativo, que só pode ser atribuído por força do direito público do território em que o sindicato está sediado. Em compensação, defende que o direito estrangeiro aplicável aos efeitos do convênio coletivo poderia estabelecer uma

---

[492] Trata-se de leitura do art. 611 da CLT: "Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações."

[493] CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 180.

[494] *Ibid.*, p. 180-181.

[495] GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 376.

responsabilidade patrimonial das partes, por não incorporar as cláusulas normativas aos contratos individuais.[496]

Essa posição, contudo, não merece ser aplicada no atual contexto brasileiro. Os artigos 8:1:a do Protocolo de São Salvador e 8:1:b do PIDESC reconhecem o direito de as confederações sindicais nacionais filiarem-se a organizações sindicais internacionais, e estas efetivamente têm, na prática estrangeira recente, firmado inovadoras normas coletivas transnacionais. O direito brasileiro, assim, não poderia deixar de reconhecer a força normativa de acordos sediados em outros países, somente porque a lei da sede – que pode ser aplicável segundo o artigo 9º da LINDB – não o faz. Coerente com suas obrigações internacionais, caberia ao Brasil considerar a força normativa dos acordos e convenções coletivos como constrangimento às suas próprias normas de aplicação imediata, ou melhor, considerar que *as normas trabalhistas que consagram a força normativa dos pactos coletivos têm aplicação imediata* – exatamente porque se antecipam ao método conflitual.

Portanto, além da previsão de *força normativa*, no artigo 7º da CRFB, a reforma na legislação do trabalho, empreendida pela Lei Federal n° 13.467/2017, consagrou a *superioridade normativa* dos convênios coletivos. Outros impactos dessa lei constam adiante.

C) Negociação e renúncia

Para além das previsões de negociações coletivas e individuais cada vez mais permissivas, não há disposição expressa na CLT que lhe assegure – a toda ela – a qualificação como lei de aplicação imediata.

Embora a CLT tenha sido decretada por um dos ditadores mais violentos do país, sua gênese consolida décadas de decisões administrativas e de debates acadêmicos sob a influência da doutrina social da Igreja de Roma, da OIT e de experiências estrangeiras,[497] não podendo toda essa legislação ser vítima de tachas que Getúlio Vargas – ele sim – realmente merece, como fascista e autoritária.[498]

Assim, a Consolidação, já na sua redação original, reconhecia a autonomia da vontade na possibilidade de negociação de condições contratuais, com duas ressalvas

---

[496] *Ibid.*, p. 378.
[497] MARTINS FILHO, Ives Gandra. Reflexões com vistas à modernização da legislação trabalhista por ocasião dos 75 anos da Justiça do Trabalho no Brasil. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Org.). *1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Magister, 2017, p. 9-88, p. 10.
[498] Sobre o tema, cf. ROMITA, Arion Sayão. *O fascismo no direito do trabalho brasileiro*: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

plenamente razoáveis, que espelham preceitos clássicos do direito comum.[499] Como primeira ressalva, o artigo 9º da CLT prevê a nulidade dos "atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos".

A fraude à legislação do trabalho pode ter natureza civil ou criminal,[500] havendo tipo específico no Código Penal.[501] Em DIP, por seu turno, a fraude à lei não se relaciona apenas com a escolha de lei aplicável como burla à incidência de determinada norma, mas à criação artificiosa de um elemento de conexão com essa finalidade;[502] eis, nesse sentido, a primeira parte do artigo 6 da Convenção Interamericana Sobre Normas Gerais de DIP: "Não se aplica como direito estrangeiro o direito de um Estado Parte quando artificiosamente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei do outro Estado Parte".

Por outro lado, havendo "objetivo" no suporte fático do artigo 9º, a fraude contém um elemento intencional,[503] o que se reforça com a segunda parte do artigo 6 da mesma Convenção Interamericana, sem grifos no original: "Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor *determinar a intenção fraudulenta* das partes interessadas".

Assim, a fraude à CLT implica a aplicação de seus preceitos à relação que dela se pretendia excluir, e não necessariamente uma lei mais favorável, ainda que seja a destinatária da relação, se a fraude fosse bem sucedida.[504]

Em segundo lugar, "[*a*]s relações contratuais de trabalho", segundo o artigo 444 da CLT, "podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não

---

[499] Além dos dispositivos comentados, o artigo 912 da CLT traz disposição de direito intertemporal: "Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação". A previsão não auxilia o debate desta tese, pois meramente confirma que há conteúdo imperativo, mas não especifica quais preceitos se enquadrariam nessa conceituação.

[500] RIBEIRO, Jorge Severiano. *Dos crimes e das infrações no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1944, p. 122.

[501] "Frustração de direito assegurado por lei trabalhista. Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Na mesma pena incorre quem: I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental".

[502] "Constitui, em realidade, a fraude à lei um modo de violação da lei, um processo técnico *de violação indireta*, 'in fraudem agere', diverso da violação direta, contra 'legem agere', já conhecido desde o direito romano e perdurando até hoje nos vários ramos do direito, especialmente no direito público (p. ex., nacionalidade e serviço militar), fiscal, eleitoral, civil (família, bens móveis, contratos, sucessões), trabalhista. (...) [*P*]ara o DIP, a *adulteração ou falsificação* e mesmo a *simulação* de um elemento de conexão são ineficazes, uma vez provados tais vícios, e, pois, sua inexistência para obter a aplicação da lei desejada" (VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 504).

[503] SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 487. Considerando que toda fraude à lei, em DIP, é intencional, cf. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 512.

[504] Em sentido contrário, citando o artigo 5º do Esboço de Teixeira de Freitas, *ibid.*, p. 514.

contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes".

Como se percebe, a autonomia da vontade, genericamente, é limitada pelas *disposições protetivas*, pelas *normas coletivas* e pelas *decisões administrativas*, já que as decisões das "autoridades competentes" jurisdicionais são positivas, e não normativas.

As decisões administrativas, em rigor, devem obedecer ao princípio da legalidade, de modo que há uma tautologia no artigo 444, se considerado que essas determinações deverão ou aplicar as normas de proteção ao trabalho, ou aplicar a lei que, de todo modo, já vincularia as partes. Se, à falta de disposições contratuais expressas e à falta de lei, a autoridade administrativa tiver que adotar outras "fontes", elas incluem o direito comparado conforme o artigo 8º da CLT,[505] de modo que há uma inata deferência às experiências estrangeiras. Assim, uma interpretação da parte final do artigo 444, à luz do artigo 8º, sugere que o empregado – também ele – poderia adotar lei estrangeira.

A segunda limitação são as normas coletivas. Conforme apontado no subitem anterior, a força normativa dos acordos e convenções coletivos deve ser considerada na definição de normas de aplicação imediata, de modo que esses pactos estrangeiros sejam inclusos na definição de "contratos coletivos" do artigo 444 da CLT. Reforçando o que já se apontou, a técnica das normas de aplicação imediata não impediria a recepção da norma coletiva estrangeira, antes deveria ratificá-la.

Por fim, restaria a aplicação das "disposições de proteção ao trabalho". Conforme se apontou no item 3.1.1, se o direito do trabalho for orientado por uma comparação de proteções, não se estará, em rigor, tratando de normas de aplicação imediata. Por outro lado, mesmo em países democráticos, *o direito do trabalho não se resume às disposições protetivas, antes se revela, em muitos casos, como constrangimento a certas liberdades públicas, como a de associação*.[506] Por esse motivo, o tópico 3.2 apontou os riscos de a

---

[505] "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público".

[506] Eis a previsão do artigo 8º do PIDESC, sem grifos no original: "1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. *O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias*; b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas. c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no

técnica de normas de aplicação imediata ser absorvida pela política econômica local ou supranacional. Em tese, uma disposição estrangeira poderia ser mais protetiva, mas violar uma norma de aplicação imediata.

Ainda nesse aspecto, é importante perceber, em linha com a revisão feita pelo item 4.1.1, que a técnica comparativa de disposições mais ou menos protetivas se refere ao método conflitual, não se confundindo com as normas de aplicação imediata.

Analisados os artigos 8º, 9º e 444 da CLT, cabe um subitem específico para uma hipótese de negociação prevista a partir da Lei Federal n° 13.467/2017.

D) Remuneração e salário como critérios de avaliação

Poderia ser apontado que a aceitação teórica de arbitragem sem a consequente admissão de qualquer lei estrangeira não teria fundamentos lógicos, isto é, quem entende que o trabalhador tem autonomia suficiente, para submeter-se a um Tribunal Arbitral, deveria entender que o mesmo trabalhador tem autonomia suficiente, para ceder os direitos previstos na legislação brasileira em favor de lei trabalhista diversa, isto é, estrangeira.

O argumento enfrenta um problema teórico e outro prático.

Em tese, não há correlação necessária entre arbitragem e renúncia. A disponibilidade de direitos é critério objetivo de arbitrabilidade, mas isso não significa que o Tribunal Arbitral se submeterá ao papel de mero homologador de fraudes. Ao contrário, considerando a respeitabilidade contemporânea da arbitragem, o árbitro pode aplicar o direito tão correta e eticamente quanto qualquer juízo público.

Se a sentença arbitral, em análise de mérito, for desfavorável ao reconhecimento de determinadas verbas trabalhistas ao empregado, isso não significará, por si só, que o empregado renunciou a essas verbas; no mesmo sentido, se o Tribunal Arbitral homologar transação entre empregado e empregador, não há razão para qualquer censura apriorística ao procedimento, porque as transações judiciais e extrajudiciais são processadas recorrentemente, na Justiça do Trabalho.

Em suma, o Tribunal Arbitral exerce *jurisdição*, tanto quanto o Poder Judiciário, não se podendo confundir sentença com acordo direto entre empregado e empregador. Se houver lide simulada ou qualquer tipo de fraude, elas devem ser combatidas, mas não devem ser consideradas inerentes ao instituto da arbitragem; afinal, a simulação e o dolo, entre outros,

---

interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas: d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país".

são vícios rescisórios que o processo civil historicamente já reconhece também às sentenças proferidas pelo juízo estatal.[507]

Embora haja argumentos teóricos defensáveis, o Congresso Nacional adotou caminho mais complexo para os contratos de emprego, isto é, o direito brasileiro previu, a partir da Lei Federal n° 13.467/2017, critérios distintos para a liberdade de negociação contratual e para a celebração de cláusula compromissória. De acordo com o artigo 444, parágrafo único, da CLT, o empregado com diploma de ensino superior e *salário* maior que o dobro do teto dos benefícios do RGPS poderá negociar contrato com força normativa superior à própria lei, segundo os mesmos limites impostos às negociações coletivas. O artigo 507-A, por seu turno, "autoriza" os empregados com *remuneração* superior ao dobro do teto dos benefícios do RGPS a celebrar cláusula compromissória. Como já referido, o direito brasileiro diferencia a remuneração do salário, de modo que aparentemente o legislador distinguiu onde não deveria; afinal, não se compreende a razão por que os critérios sejam diversos.

Ainda que seja mera má técnica legislativa, as palavras têm seu significado, independente daquilo que se deseja para elas;[508] se "salário" e "remuneração" são institutos distintos, e o primeiro conceito está abrangido pelo segundo, é possível imaginar que, em determinadas relações de emprego, salário seja menos que remuneração.

Assim, se um empregado possui diploma de ensino superior e recebe R$ 10.000,00 de salário e R$ 13.000,00 de remuneração, ele não pode celebrar contrato com direitos trabalhistas distintos do direito legislado (CLT, art. 444, parágrafo único), mas pode celebrar convenção de arbitragem (CLT, art. 507-A). De acordo com a redação atual da CLT, portanto, a arbitragem não significa necessariamente o afastamento da lei trabalhista; apenas o empregado com salário superior a duas vezes o teto dos benefícios do RGPS pode, ao mesmo

---

[507] Eis a previsão de ação rescisória no CPC-2015, sem grifos no original: "Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; *III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei*; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos".

[508] "Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito não é mais o fundamento do conhecimento. (...) Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos. (...) Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamentos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é condição de possibilidade desse relacionamento" (STRECK, Lenio Luiz. Giro ontológico-linguístico. *In*: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 123-126, p. 125).

tempo, enquadrar-se na livre "pactuação" de condições de trabalho e submeter suas disputas à arbitragem.

Nesse sentido e resgatando o debate exposto ao final do subitem 2.2.2-A, cabe, afinal, acrescentar elementos estrangeiros à negociação individual. Em tese, se a disposição de direito é imperativa apenas internamente – a ordem pública de primeiro grau, na doutrina de Jacob Dolinger –, as partes podem escolher um sistema jurídico, excluindo essas disposições internas.[509] Como a técnica de restrição à autonomia da vontade, em temas de proteção ao consumidor e ao trabalhador, costuma ser a própria regra conflitual,[510] o assunto torna-se complexo, porque o legislador brasileiro sequer ofereceu, até o momento, uma regra de conflitos específica para o direito do trabalho.

Em rigor, o DIP brasileiro, apesar de certa controvérsia doutrinária, não deixou de reconhecer a autonomia conflitual, especialmente quando a matéria está submetida à Lei Brasileira de Arbitragem.[511] A Lei da Liberdade Econômica, em 2019, permitiu suplantar dúvidas sobre a escolha da lei aplicável aos contratos transnacionais, porque o artigo 421-A do Código Civil ressaltou a autonomia das partes, para distribuir os riscos do pactuado, equilibrando-se a autonomia conflitual e a ordem pública de segundo grau.[512]

Embora a Lei da Liberdade Econômica, no ponto da alocação dos riscos, seja, conforme indicado no subitem 4.1.1-A *supra*, inaplicável ao contrato de trabalho, não se pode confundir o histórico paternalista do direito brasileiro do trabalho com efetivos óbices legais à autonomia da vontade. Em verdade, nem mesmo pontuais equilíbrios previstos pelo direito em determinada relação jurídica significam que o ramo da ciência em que essa relação se insere foi "publicizado", tal como se expôs no item 2.2.1.

A propósito, supor que o princípio trabalhista da proteção é revolucionário no direito contratual, por tentar organizar um "trade-off" – o trabalhador precisa do pagamento, mas não se beneficia do produto final, enquanto o empregador precisa do serviço, mas assume o risco do negócio –, é esquecer, por exemplo, as técnicas de revisão de contratos cíveis por

---

[509] JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995, p. 160.

[510] LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 196, p. 9-238, 1987, p. 57 e 58.

[511] Eis novamente a previsão do artigo 2º da LBA: "A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio".

[512] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como mecanismo de liberdade econômica. *In*: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre J.; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*, vol. 2: Lei n° 13.874, de 2019. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 248-256.

onerosidade excessiva. Resta saber, de fato, se essa proteção é dispensada pelo seu destinatário, quando ele realmente tem conhecimento sobre todas as nuanças dos sistemas jurídicos em conflito, ou se ele foi forçado a "escolher" determinada norma. Se essa for a verdadeira questão, basta um exame de possível "fraude à lei", que, como qualquer fraude, jamais deve ser pressuposta.

O princípio da proteção, no sentido de equilibrar os "trade-offs" da relação de trabalho, é um mecanismo legítimo de estruturação do direito laboral, de modo que, longe de servir ele próprio como elemento de conexão, deve subsidiar a escolha, pelo ordenamento interessado, do elemento de conexão apropriado às relações de trabalho.

Entretanto, em estrita filiação ao direito legislado vigente, não se pode aplicar o artigo 2º da LBA em lugar dos artigos 444, parágrafo único, e 507-A da CLT. A primeira, lei geral que seja, tem genética comercialista; a segunda, além de específica para as relações de emprego, é de 2017, enquanto a legislação arbitralista é de 1996.

Assim, apesar de as restrições do legislador não serem adequadas ou precisas, elas refletem a especificidade do atual direito brasileiro do trabalho.

E) Direito do trabalho como regulamento ambiental da indústria

Enquadradas as teses do item 2.2.1 em suas respectivas épocas, cabe ir além e destacar que, contemporaneamente, até mesmo a fiscalização de padrões ambientais, antes realizada por autoridades estatais, tem-se transnacionalizado, conforme o exemplo dos citados Acordos de Bangladesh e também da Convenção do Trabalho Marítimo,[513] de iminente entrada em vigor no plano interno.

[513]"The Maritime Labour Convention (2006) (MLC) demonstrates the enhanced impact of ILO regulation in a globalized industry when States collaborate in exercising their domestic jurisdiction to regulate labour conditions affected by transnational activity. Together with governments, representatives of ship-owners and seafarers, designated as employers and workers in their Members' Conference delegations, adopted the MLC. The MLC's enforcement regime is based on shared enforcement of maritime labour conditions by flag and port States. Flag States issue maritime labour certificates and declarations of compliance through publicly-authorized inspection or certification authorities. The documents are legally recognized by port States which are authorized to conduct on-board procedures to handle seafarer complaints alleging breaches of the MLC and to inspect whether a ship in port is in compliance with MLC requirements. Where nonconformities are found, the port State gives deadlines for rectification and under certain conditions notifies a flag State representative and public authorities of the next port of call. The ship may even be detained in port when the situation is clearly hazardous to seafarers' safety, health or security or involves a serious or repeated breach.Transnational market incentives and safeguards were built into the MLC to enable its successful and speedy launch." (DILLER, Janelle M. Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation: Experience of the International Labour Organization. *In*: BLACKETT, Adelle; TREBILCOCK, Anne. *Research Handbook on Transnational Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 329-342. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352039. Acesso em: 09 nov. 2020).

No Brasil, há diversas exigências normativas que, a pretexto de estabelecer um regulamento à indústria, em benefício do trabalhador, têm, por efeito, também a tutela ambiental do consumidor. A Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015 prevê, em seu artigo 25:7, que "[*a*] legislação e as práticas nacionais deverão garantir que a fabricação, o uso e a cessão, a título oneroso ou gratuito, de máquinas, equipamentos e tecnologias sejam seguros"; também é possível, por exemplo, proibir a comercialização de determinado aparelho, no território nacional, pelo simples fato de que ele, se usado na indústria, representará risco aos trabalhadores.[514]

Contudo, no contexto de um direito pretensamente imperativo, porque público, a recepção de novas técnicas estrangeiras não pode ser considerada incompatível com o direito administrativo do trabalho. A recente Lei da Liberdade Econômica reconhece como direito individual o desenvolvimento de produto e serviço conforme normas internacionais que porventura estejam mais atualizadas que as nacionais.[515]

O Decreto Presidencial n° 10.229/2020 regulamentou o exercício desse direito, criando um procedimento administrativo de autorização da incorporação do padrão estrangeiro. Embora, na prática, tenha restringido a incidência do dispositivo legal, trouxe indicações explícitas de entidades cujos padrões são admissíveis:[516] a ISO, a IEC, a Comissão do Codex Alimentarius, a UIT e a OIML.

Por outro lado, embora a Lei da Liberdade Econômica, como garantia do particular, também tenha imposto ao Estado o dever de realizar análise de impacto regulatório, o Decreto Presidencial n° 10.411/2020 a dispensou nas hipóteses em que o ato administrativo pretenda

---

[514] Eis exemplificativamente o artigo 9.2 do Anexo VIII da NR-12, que trata da segurança no trabalho em máquinas e equipamentos: "É proibida a importação, fabricação, comercialização, leilão, locação e cessão a qualquer título de prensas mecânicas excêntricas e similares com acoplamento para descida do martelo por meio de engate por chaveta ou similar e de dobradeiras mecânicas com freio de cinta, novas ou usadas, em todo o território nacional".

[515] Eis a previsão da Lei Federal n° 13.874/2019: "Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos (...)".

[516] "Art. 6º. O processo de solicitação do exercício do direito de que trata o inciso I do caput do art. 3º será instaurado por meio do encaminhamento de requerimento inicial endereçado ao órgão ou à entidade competente, e conterá: I - a identificação do requerente; II - a identificação da norma interna desatualizada e da norma que tem sido utilizada internacionalmente; e III - a comparação da norma interna com a norma internacional, na qual deverá ser demonstrada análise de conveniência e oportunidade de adoção da norma internacional. *Parágrafo único*. Para fins do disposto nos incisos II e III do caput, somente serão aceitas como normas utilizadas internacionalmente aquelas oriundas da: I - Organização Internacional de Normalização - ISO; II - Comissão Eletrotécnica Internacional - IEC; III - Comissão do Codex Alimentarius; IV - União Internacional de Telecomunicações - UIT; e V - Organização Internacional de Metrologia Legal – OIML".

meramente atualizar norma técnica, de modo a alinhá-la à evolução dos padrões internacionais.[517]

Não se pode fazer com que o Estado brasileiro deixe de tentar agir racionalmente, mas se trata de uma oportunidade de apartar, no mínimo, o direito do trabalho dessa barganha que envolve os direitos humanos em cálculos de política econômica.

É certo que a liberalização dos anos 1990 contribuiu para a abertura também do mercado de trabalho, à medida que, por exemplo, reduziram-se as preocupações com a indexação de salários. Mais recentemente, "o reconhecimento da escala mundial da rede" por meio do Marco Civil da Internet[518] e as deferências aos avanços de normas estrangeiras em relação às internacionais, sob a influência da Lei da Liberdade Econômica, revelam a possibilidade de abertura aos padrões transnacionais, até mesmo, no campo do direito ambiental do trabalho.

Se a Lei da Liberdade Econômica densifica diretamente o artigo 1º, IV, da Constituição,[519] expressamente constrangendo o Poder Público regulador nas suas relações com o empregador, é coerente que o Brasil *considere a possibilidade de atualização das disposições do meio ambiente de trabalho na definição de normas de aplicação imediata*, sem preocupação imediata com seu próprio mercado consumidor. Nesse caso, não se trata de aplicar a lei mais favorável a determinado empregado, mas de considerar a atualização de norma técnica porventura conectada ao local de trabalho.

É interessante observar que a pertinência da orientação interpretativa ora sugerida persiste mesmo no mais expansivo "local" de trabalho contemporâneo – o virtual. A atualização técnica, contudo, já é consagrada pela LGPD, que condiciona a transferência internacional de dados a padrões adequados no estrangeiro,[520] com reflexos evidentes no contrato de trabalho.

---

[517] "Art. 4º. A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de: (...) VI - ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; VII - ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e VIII - ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020".

[518] Trata-se do artigo 2º, I, da Lei Federal n° 12.965/2014

[519] "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"; "Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal".

[520] Trata-se dos artigos 33 a 36 da Lei Federal n° 13.709/2018.

F) Direito penal

Em sua formação histórica, o direito do trabalho teve uma aproximação arriscada com o direito penal, isto é, muitos Governos autoritários usaram o aparato policial, para reprimir reivindicações ou greves, especialmente no início da industrialização – século XIX na Europa, início do século XX no Brasil. Até hoje, relatam-se prisões e desaparecimentos de líderes trabalhistas.[521]

Por outro lado, algumas convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, preveem mandados de criminalização (C53, art. 6:1; C125, art. 15:1). Entre as fundamentais, fazem-no a Convenção 29, sobre o trabalho forçado (art. 25), e a Convenção 182, sobre as piores formas de trabalho infantil (art. 7:1). Também não se pode esquecer que a escravidão e a prostituição forçada são formas de trabalho previstas como crimes contra a humanidade (Estatuto do TPI, art. 7:1:c e 7:1:g), inserindo-se na hipótese de jurisdição universal.

Embora a arbitragem trabalhista, como a própria Justiça do Trabalho,[522] não tenha competências criminais, as repercussões individuais do crime, para além de sua persecução pelo Estado, podem ser debatidas como matéria cível; a responsabilidade por danos morais e materiais, decorrentes da exploração do trabalhador, é um exemplo claro.

Assim, por um lado, não se deve prestar deferência à criminalização de atos que as convenções da OIT autorizam ou incentivam, como a greve e a associação. Deve-se, contudo, garantir a rigidez dos direitos previstos nas convenções que efetivamente exortam o Estado a instituir sanções penais.

Dentro dessa interpretação restritiva das interações com o direito penal, é coerente que o Brasil *considere as consequências cíveis das sanções penais na definição de normas de aplicação imediata*, assegurando a reparação, por exemplo, da exploração do trabalho forçado ou das piores formas de trabalho infantil no estrangeiro, ainda que o próprio direito criminal não tenha eficácia extraterritorial no caso concreto.

---

[521] HUMAN Rights Watch. Kazakhstan: 2 Union Leaders Arrested. Disponível em: https://www.hrw.org/news/2017/01/27/kazakhstan-2-union-leaders-arrested. Acesso em: 09 nov. 2020; CAMBODIA Joint Open Letter to Foreign Governments. Disponível em: https://www.hrw.org/news/2020/07/20/cambodia-joint-open-letter-foreign-governments. Acesso em: 09 nov. 2020.

[522] A competência criminal da Justiça do Trabalho, já não exercida, foi afastada em recente exercício de controle concentrado de constitucionalidade (STF, Plenário, ADI 3.684, Rel. Min. Gilmar Mendes, 11/05/2020).

G) O teste da Convenção 169 da OIT

Como destaca Miaja de la Muela, o estabelecimento das regras de DIP tem fundamento sociológico, pois parte das dificuldades práticas; sua estrutura deveria garantir uma situação jurídica com maiores chances de ser reconhecida no estrangeiro. Caso o legislador nacional não alcance essa fórmula, deveria ceder espaço à aplicação da lei estrangeira com maior probabilidade de ser reconhecida nas diversas ordens jurídicas.[523]

Superado o mínimo denominador comum do direito do trabalho, é essencial estar atento à variabilidade não tanto econômica das instituições jurídicas trabalhistas, mas principalmente para a interlocução *cultural* dessa variação. A própria percepção das estruturas normativas é variada, sem que isso represente decréscimo nos padrões que os direitos asseguram.

Por exemplo, a "ideia de que o mundo se acha submetido a *leis universais e intangíveis* é peculiaridade das civilizações do livro".[524] O contrato, tão essencial para o Ocidente, é uma concepção originalmente estranha à cultura japonesa, não porque aquele admirável povo resista a cumprir o pactuado, mas porque a cultura neoconfuciana já pressupõe que o mundo se estrutura em uma ordem harmônica;[525,526] o instituto do "giri" japonês "tece, assim, uma corrente poderosa de obrigações flexíveis que se fortalecem mutuamente e mantêm a harmonia da comunidade".[527] No Japão, "a cultura do contrato serve para (...) comerciarem com os bárbaros do Oeste; mas influenciou muito pouco suas relações internas".[528]

Em sentido similar, Alain Supiot destaca que a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, sem necessariamente inovar no rol de direitos em relação a suas

---

[523] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 144 e 146.
[524] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 237
[525] "O centro de gravidade dessa cultura [*neoconfuciana*] não é o indivíduo, ainda menos a sua vontade, mas a harmonia cósmica e social. A ideia de que um contrato firmado em dado momento possa vincular para o futuro, sejam quais forem as circunstâncias vindouras e o prejuízo causado por sua execução, é alheia a essa cultura e repugna-lhe profundamente" (*Ibid*., p. 99).
[526] Em sentido similar: "O pensamento do Extremo Oriente não se orienta pela substância, mas pela relação. Assim sendo, o mundo é mais propriamente uma rede do que um 'ser'. O Extremo Oriente pensa de modo reticulado. É por esse motivo, talvez, que a conectividade acelera ali de modo mais intensivo do que no Ocidente" (HAN, Byung-Chul. *Hiperculturalidade*: cultura e globalização [*Hyperkulturalität*]. Trad. Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019 [*2005*], p. 100).
[527] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 102.
[528] *Ibid*., p. 102.

antecessoras interamericana e europeia, "insere-os numa concepção do Homem que não é a do indivíduo insular, mas a de um ser ligado aos seus semelhantes, que tira sua identidade do fato de pertencer a uma série de comunidades".[529]

É nesse sentido que Jacob Dolinger[530] e Erik Jayme[531] defendem a contribuição do direito internacional privado para a paz: para o primeiro, as tarefas do DIP, como estudo das leis de outras Nações, constituem "a chave para a aproximação entre os povos e uma contribuição relevante para trazer o fim à repulsa e ao ódio"; para o segundo, trata-se de reconhecer a identidade cultural do indivíduo.

A sensibilidade cultural, de fato, é uma marca do direito internacional deste tempo, tanto privado quanto público.[532] Por outro lado, muitos conflitos étnicos contemporâneos envolvem também aspectos trabalhistas: acusações de trabalhos forçados, por exemplo, são observadas nos casos dos povos Rohingya e Uigur, minorias muçulmanas concentradas respectivamente nos territórios do Mianmar, de maioria budista, e da China comunista.[533]

A propósito da sensibilidade cultural no direito internacional privado do trabalho, é oportuno examinar a Convenção 169 da OIT. Ela deixa antever conflitos de leis internos, à medida que reconhece a necessidade de os *povos indígenas e tribais* fruírem os direitos sociais garantidos ao restante da população,[534] enquanto exige a aplicação do direito

---

[529] *Ibid.*, p. 256.

[530] DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado – Do Princípio da Proximidade ao Futuro da Humanidade. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-154, p. 153.

[531] JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995, p. 264. Comentando a adoção internacional, Erik Jayme resume o tema: « Le droit à la différence s'exprime, en ce qui concerne les conflits de lois, dans la préférence donnée au rattachement d'une situation internationale à la loi d'origine » (*Ibid*., p. 252).

[532] "Na medida em que não dispõe dos meios que assegurem a aplicação dos seus princípios, dependerá a 'aplicação' ou efetiva implementação dos princípios normativos internacionais de sua aplicação pelos estados e organizações internacionais. A questão será determinar a juridicidade ou razoabilidade dessa aplicação pelos demais estados e organizações internacionais. No direito internacional pós-moderno, se vai acrescer a essa base regulatória a preservação dos valores e identidades culturais. Não serão somente expedientes técnico-jurídicos, mas estes revestirão conteúdo valorativo e cultural mais amplo, que poderá fazer sentido quanto maior for a abrangência que se lhe assegure" (CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1207-1208).

[533] NGUYEN, Terry. Your face mask — and your T-shirt — might have been made with Uighur forced labor. *Vox*, 17 ago. 2020. Disponível em: https://www.vox.com/the-goods/2020/8/17/21372466/uighur-forced-labor-supply-chain-masks-shirt. Acesso em: 09 nov. 2020; THE UIGHURS and the Chinese state: a long history of discord. *BBC News*, 20 jul. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-asia-china-22278037. Acesso em: 09 nov. 2020; ZAMORA CABOT, Francisco Javier; MARULLO, Maria Chiara. El conflicto Rohingya y sus proyecciones jurídicas: aspectos destacados. *Ordine internazionale e diritti umani*, p. 461-484, 2020.

[534] Trata-se do artigo 2º da Convenção: "1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio -

consuetudinário, desde que não seja incompatível com os direitos fundamentais definidos no direito nacional nem com os "direitos humanos internacionalmente reconhecidos".[535] Não se trata, por certo, de matéria atinente ao federalismo já organizado na Constituição; o conflito, nesse caso, não é interno ao sistema brasileiro, mas ocorre, no território do Estado brasileiro, entre o sistema governamental e sistemas indígenas ou tribais.

É importante perceber que, enquanto a definição de "povos indígenas" é facilmente compreendida devido ao histórico colonial brasileiro, a de "povos tribais" não necessariamente se refere a uma formação pretérita.[536] Embora o exemplo de povo tribal, no direito brasileiro, sejam as comunidades quilombolas, relacionadas ao passado escravagista,[537] o conceito previsto na Convenção 169 não exclui o surgimento de novas comunidades diferenciadas, tampouco – o que é mais importante no contexto trabalhista – a identificação

---

econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida". No mesmo sentido, eis o artigo 17 da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas: "1. Os indivíduos e povos indígenas têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos estabelecidos no direito trabalhista internacional e nacional aplicável. 2. Os Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, adotarão medidas específicas para proteger as crianças indígenas contra a exploração econômica e contra todo trabalho que possa ser perigoso ou interferir na educação da criança, ou que possa ser prejudicial à saúde ou ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social da criança, tendo em conta sua especial vulnerabilidade e a importância da educação para o pleno exercício dos seus direitos. 3. As pessoas indígenas têm o direito de não serem submetidas a condições discriminatórias de trabalho, especialmente em matéria de emprego ou de remuneração" (NAÇÕES Unidas. Assembleia Geral. *Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nova York, 13 set. 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020).

[535] Trata-se do artigo 8º da Convenção: "1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste principio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes." (*loc. cit.*). No mesmo sentido, eis o artigo 5 da Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas: "Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado" (*Idem*).

[536] "Artigo 1º. 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas".

[537] "Incorporada ao direito interno brasileiro, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, consagra a 'consciência da própria identidade' como critério para determinar os grupos tradicionais aos quais aplicável, enunciando que Estado algum tem o direito de negar a identidade de um povo que se reconheça como tal. 8. Constitucionalmente legítima, a adoção da autoatribuição como critério de determinação da identidade quilombola, além de consistir em método autorizado pela antropologia contemporânea, cumpre adequadamente a tarefa de trazer à luz os destinatários do art. 68 do ADCT, em absoluto se prestando a inventar novos destinatários ou ampliar indevidamente o universo daqueles a quem a norma é dirigida" (STF, Plenário, ADI 3.239, Rel. Min. Rosa Weber, DJE 01/02/2019).

dessas comunidades em cadeias produtivas transnacionais. Aqui se defende, por isso, que se *considere essa "transculturalidade" na definição de normas de aplicação imediata*.

Retomando-se a ressalva da Convenção 169 sobre a aplicação das instituições indígenas e tribais, é evidente tratar-se de construção *intersistêmica*, a atrair a incidência do método do DIP; sem se referirem ao tratado da OIT, Erik Jayme aponta que o método conflitual é o melhor, para garantir o direito à diferença,[538] enquanto Cláudio Souto define o direito internacional privado como a "indagação científico-dikelógica intersistemática para aplicação judiciária".[539] O parâmetro de estraneidade, nessa reafirmação do método conflitual, não é, portanto, o direito nacional em face do estrangeiro, mas o direito do Estado em face de outras formulações, inclusive internas.

Desse modo, é essencial que o direito brasileiro esteja preparado para recepcionar não apenas o pluralismo entre instituições jurídicas que se reconhecem, mas também entre instituições de culturas indígenas e tribais, e incorporar não apenas a formação transnacional das arbitragens comerciais, mas a emergência, no campo trabalhista, de uma arbitragem transcultural.

4.2.2 Síntese

Após a análise de diversos instrumentos jurídicos do Estado brasileiro, pode-se afirmar que, abstraídas considerações de política econômica, não deveria haver, em rigor, normas de aplicação imediata as quais já não estivessem presentes nos tratados de direitos humanos; considerando a lição da Convenção 169 da OIT, devem incidir, de algum modo, nas relações intersistêmicas, "direitos humanos internacionalmente reconhecidos".

No contexto dos debates sobre arbitragem, observa-se, do ponto de vista do Estado brasileiro – e seus Juízes –, uma potencial relação intersistêmica. Como, contudo, a arbitragem é, em princípio, uma solução de conflitos com aplicação de direito positivo, portanto pré-existente, o Tribunal Arbitral não é, em si, um sistema. Por outro lado, não se

---

[538] « Pour les matières qui touchent à l'identité culturelle d'une personne, la méthode conflictuelle garantit, mieux que les autres méthodes, les droits à la différence. L'unification des règles substantielles emporterait la destruction des différences. La protection de l'identité culturelle entraîne une pluralité d'identités » (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995, p. 252).

[539] SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 121.

pode conceber ordem jurídica, a que o Tribunal Arbitral se integra, sem sistema.[540] Com que exatamente o direito brasileiro mantém relação intersistêmica, para efeitos de aplicação das normas de aplicação imediata em contratos submetidos à arbitragem?

Antes de prosseguir ao capítulo seguinte, que pretende responder a essa pergunta, é importante não confundir a *necessidade lógica de sistema*, a que se vincula a proteção do trabalho, e a *necessidade fática de mercado*, em que é negociado o trabalho.

O trabalho não será uma mercadoria, sempre que se confundir com a pessoa do trabalhador; não é contraditório com o direito da OIT, contudo, afirmar que o trabalho é uma mercadoria, quando o próprio trabalhador se vir inserto em um mercado incerto, em que precisa negociar o valor da sua atividade,[541] o qual não necessariamente implica o preço. Em resumo, o trabalho é *economicamente* uma "mercadoria", até o momento em que inicia a relação *jurídica* de trabalho, quando o direito *insere o trabalhador na firma*, sem que ele se transforme em propriedade dela. Eis a diferença do direito do trabalho para a barbárica e sempre aviltante escravidão.

Essa distinção nos tratamentos da economia e do direito não significa dizer que qualquer preço deverá ser imposto ao trabalho ou que o trabalhador deva ser explorado em jornadas exaustivas por salários mirrados; um mercado guiado por valores morais – que podem integrar-se ao direito, sem dúvidas[542] – evitaria isso, e, mesmo sob teorias libertárias de direitos de propriedade,[543] pode-se fundamentar que o *produto* do trabalho vale juridicamente mais que o maquinário do empregador. Esse debate, em verdade, escapa aos

---

[540] Nos debates sobre regimes transnacionais, a arbitragem é precisamente o seu fundamento de validade, cf. TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 125-131.

[541] "Para o agente homem, o seu próprio trabalho é não apenas um fator de produção, mas também a fonte da desutilidade; ao valorar o seu trabalho, o homem considera não apenas a gratificação mediata esperada, mas também a desutilidade provocada. Mas para ele, assim como para qualquer outra pessoa, o trabalho oferecido à venda no mercado é apenas um fator de produção. O homem lida com o trabalho das outras pessoas da mesma maneira com que lida com todos os fatores de produção escassos. Avalia o trabalho pelos mesmos princípios que aplica na avaliação de outros bens. O nível dos salários é determinado no mercado do mesmo modo que o preço de qualquer mercadoria. Nesse sentido, podemos dizer que o trabalho é uma mercadoria. As conotações emocionais que as pessoas, sob a influência do marxismo, atribuem a esse termo não têm importância. Basta observar, incidentalmente, que os empregadores lidam com o trabalho do mesmo modo com que lidam com as mercadorias, porque a conduta dos consumidores força-os a agir dessa maneira." (MISES, Ludwig von. *Ação humana*: um tratado de economia [*Human action: a treatise on economics*]. Trad. Donald Stewart Jr. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995 [*1966*], p. 677).

[542] "Essas ficções são artefatos jurídicos, pois é o Direito que autoriza, por exemplo, fazer *como se* o trabalho fosse uma mercadoria separável da pessoa do trabalhador, organizando um estatuto salarial que limita essa mercantilização e proíbe tratar o trabalhador como uma coisa" (SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 117).

[543] Sobre o tema, ilustrativamente, cf. ROTHBARD, Murray N. *A Ética da Liberdade* [*The Ethics of Liberty*]. Trad. Fernando Fiori Chiocca. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010 [*1982*], especialmente cap. 7 e 15.

limites desta tese; por ora, cabe reafirmar apenas que o trabalhador, *antes de ingressar na prestação de serviços*, é livre, e sua autonomia da vontade deve ser respeitada como manifestação de sua própria liberdade.[544] Se houver fraude à lei ou qualquer tipo de frustração do consentimento do trabalhador, não deve haver qualquer constrangimento do direito em desconsiderar manifestações da vontade viciadas, falsificadas ou inexistentes – os exemplos do tráfico de pessoas, do trabalho escravo e do trabalho infantil são claros nesse sentido. Afirma-se, então, que, *como regra, devem-se respeitar os critérios escolhidos pelo trabalhador antes da contratação*, mas há valores inerentes ao mercado, ou melhor, às condutas a serem adotadas pelos agentes do mercado.

Em linha com o que já se afirmou, ressalta-se que eventual proteção pré-contratual ao trabalhador, como a proteção de direitos de imagem ou mesmo a avaliação da perda de uma chance, não representa uma peculiaridade intervencionista específica do direito do trabalho, mas deve ser vista como variantes de proteções também consagradas no direito civil. Eventuais políticas públicas de emprego, por outro lado, são, por óbvio, vinculadas à atividade soberana do Estado, escapando à relação de trabalho propriamente dita e, em consequência, ao interesse do DIP.

Este capítulo tentou, assim, encontrar bases de direito brasileiro do trabalho, a fim de equilibrar as preocupações do Judiciário nacional e do sistema transnacional da arbitragem, na expectativa de que ambos os grupos cognitivos buscarão soluções progressivamente coerentes. Nesse sentido, *no direito brasileiro do trabalho, as normas de aplicação imediata são (a) "os direitos humanos internacionalmente reconhecidos", (b) as que reconhecem a força normativa dos pactos coletivos e (c) as que densificam mandados de criminalização do direito internacional público*. Os demais problemas relacionados ao meio ambiente de trabalho, à LGPD e à proteção do trabalhador dependem de um exame comparativo, portanto devem ser relegados ao método conflitual, escapando à técnica das normas de aplicação imediata.

É pertinente observar, afinal, como a arbitragem trabalhista pode adequar-se à formulação oferecida, conforme exposto no próximo capítulo.

---

[544] "Os valores morais cuja realização constituem o fim próprio do homem somente podem ser cumpridos por causa da livre e pessoal decisão deste e, para que o homem possa ser moral, é indispensável que disponha de liberdade para decidir-se por sua própria conta em tudo aquilo que direta ou indiretamente afeta a realização de seus fins. Daí o princípio de autonomia ou liberdade que o direito deve garantir como esfera intangível" (STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. 1967. 219p. Tese (Docência Livre em Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967, p. 39).

5 APLICAÇÃO IMEDIATA EM ARBITRAGEM TRABALHISTA

Sujeita a solução de conflitos trabalhistas com elementos estrangeiros exclusivamente ao foro estatal, observou-se, no terceiro capítulo, que o risco de captura das normas de aplicação imediata pelos Estados, apontado em análise econômica do direito, agrava-se, porque não é, em rigor, impedido pela redação das convenções da OIT.

O quarto capítulo, por seu turno, destacou o limitado conteúdo normativo que, no direito brasileiro do trabalho, teria aplicação imediata. Como a maior parte dessas normas, de fato, teria ligação com o direito da OIT, a proposta careceu de uma fundamentação teórica que explicasse a relação direta com o direito internacional, ou, no caso da arbitragem, a relação entre o sistema jurídico brasileiro com o pressuposto sistema da arbitragem.

Este capítulo busca uma nova reflexão sobre a necessidade de reafirmar leis trabalhistas a despeito dos elementos estrangeiros porventura existentes nas relações transnacionais; para tanto, desenvolve o argumento de que a arbitragem trabalhista com elementos estrangeiros pode ser considerada um "desdobramento funcional" do direito internacional do trabalho (5.1), confrontando a adequação da centenária teoria de Georges Scelle – ele próprio, um internacionalista e também um trabalhista – com as demandas normativas do trabalho contemporâneo.

Mantendo a perspectiva transdisciplinar da pesquisa, a hipótese é aperfeiçoada a partir das formas de sociabilidade e de coercibilidade as quais condicionam o direito transnacional do trabalho (5.2).

5.1 ARBITRAGEM NORMATIVA E DESDOBRAMENTO FUNCIONAL

Como se procurou demonstrar no terceiro capítulo, a teoria do DIP oferece um conceito adequado à preocupação com a disponibilidade dos direitos trabalhistas, contudo, conforme se observou, há condições institucionais, para se antever uso estratégico dos Estados quanto às normas de aplicação imediata. Ainda que a arbitragem pudesse ser um mecanismo de escape, já se verificara, no segundo capítulo, que há lacunas nas iniciativas atuais quanto à lei aplicável. Este tópico examina a centenária teoria do desdobramento funcional, desenvolvida por Georges Scelle, a fim de verificar se tal doutrina pode justificar a imperatividade do direito do trabalho na arbitragem (5.1.1), com análise das convenções da OIT, as quais mencionam a via arbitral de forma recorrente (5.1.2).

5.1.1 A teoria

Georges Scelle, além de seu legado na área trabalhista,[545] propôs também novas perspectivas no direito internacional. Para a ordem jurídica do que ele chamava sociedade supraestatal, composta de indivíduos e distinta da sociedade interestatal,[546] Scelle divisava funções executiva, legislativa e jurisdicional, as quais se manifestaram de forma diferente ao longo da História.

No caso do direito internacional, tais funções ainda não encontravam – como tampouco encontram hoje – correspondente exato, isto é, não havia um Governo mundial nem um Parlamento global.[547] Quando, entretanto, chefes de Estado celebram tratados, agem como legisladores internacionais; quando os Governos realizam uma intervenção, com uso da força, exercem função executiva;[548] quando, por fim, Juízes nacionais exercem jurisdição universal, contra, por exemplo, crimes de guerra, desempenham uma função jurisdicional decorrente do direito internacional. Como lembra Cassese, a explicação dada pela Suprema Corte de Israel, para justificar por que julgou Adolf Eichmann, em 1962, por crimes cometidos antes da fundação desse Estado, foi precisamente que Israel estaria atuando como guardião e agente do cumprimento do direito internacional.[549]

Uma das grandes contribuições de Scelle é a possibilidade que o desdobramento funcional oferece à explicação de fatos jurídicos internacionais cuja manifestação é interna. A teoria, assim, evita a negação do direito internacional como o *direito* que ele realmente é.[550]

---

[545] SCELLE, Georges. *Le droit ouvrier*. 2. ed. Paris: Librairie Armand Colin, 1929; SCELLE, Georges. *Précis élémentaire de législation industrielle*. Sirey, 1927.

[546] « Notre intention est surtout d'en faire un exercice de technique juridique destiné à montrer le sens et les difficultés de l'évolution du système interétatique au système superétatique » (SCELLE, Georges. Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 55, p. 87-199, 1936, p. 92).

[547] Os próprios Tribunais interestatais – até hoje – são baseados em cláusulas facultativas de jurisdição obrigatória, e mesmo o Tribunal Penal Internacional pode ter o processamento obstado por voto do Conselho de Segurança das Nações Unidas, conforme o artigo 16 do Estatuto de Roma do TPI. Embora haja avanços significativos na justiça internacional, não se pode encontrar nela ainda uma Corte única, permanente e inafastável.

[548] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 138. "Individual states come to be endowed with such enforcement rights because at present no international collective organs exist capable of forcefully imposing compliance with the international principles. (…) [*N*]ow individual states are required to act *on behalf of the world community;* in other words, when enforcing the new international standards referred to above, they must pursue *metanational* values and thus refrain from catering to national interests" (CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, p. 210-231, 1990, p. 227-228).

[549] *Ibid*., p. 229.

[550] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 132. Ainda há, naturalmente,

Embora o desdobramento funcional seja citado, para justificar como o direito internacional público se manifesta por meio das entidades nacionais, ele pode revelar-se também útil para o direito internacional privado. Se o exercício da jurisdição sobre situações jurídicas "plurilocalizadas", pelo Juiz nacional, é considerado desdobramento funcional, então, os métodos do DIP devem ser adaptados de maneira a consagrar as necessidades dos indivíduos nacionais e estrangeiros em suas relações jurídicas, pois eles são a sociedade internacional.[551]

A utilidade do desdobramento funcional é ainda mais clara no campo trabalhista. Se, como observado desde o primeiro capítulo, a peculiaridade do direito do trabalho é sua qualificação dentro do direito internacional dos direitos humanos, *as normas de aplicação imediata, na solução de disputas "plurilocalizadas", poderiam ser extraídas não dos Estados, mas do próprio direito internacional*. Evitar-se-ia, dessa forma, a captura do desenvolvimento do direito do trabalho pela política econômica nacional.

Não obstante, Scelle tinha uma dificuldade de inserir a arbitragem em suas teorias, seja interna ou internacional. Por um lado, para Cassese, ele não explicou satisfatoriamente a relação do desdobramento funcional com a arbitragem interestatal,[552] que, como exposto no item 1.1.1, existe há séculos, como manifestação da jurisdição internacional. Apesar de Cassese apontar que a teoria não conseguiria estender-se, por exemplo, à Corte Permanente de Justiça Internacional, que existia à época de Scelle, talvez a explicação seja precisamente que não haveria necessidade de se "desdobrar" o direito internacional, se ele já conseguiria resolver os conflitos interestatais sem o Judiciário nacional.

Por outro lado, em seu próprio livro sobre *Le droit ouvrier*, Scelle entendia que a arbitragem, por ter natureza jurisdicional, seria imprópria para a solução dos conflitos coletivos trabalhistas, quando eles necessitassem da criação de novo direito, e não da aplicação das regras já existentes.[553] O autor não conseguiu enxergar a distinção entre

---

avanços pendentes: "A questão central do direito internacional é a combinação da contingência estrutural deste, em razão da dependência no 'desdobramento funcional' dos estados, para a sua implementação, concomitante às questões indispensáveis para a caracterização do conteúdo jurídico e funcionamento deste, em matérias tais como a necessidade de regulação do uso da força no contexto internacional. Nem para uma nem para outra de tais necessidades foi encontrada, ao menos até hoje, solução adequada, no sentido de ter formulação estável e de ser uniformemente aplicada" (CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1138).

[551] JESSUP, Philip C. *Direito transnacional* [*Transnational Law*]. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965 [*1956*], p. 14; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 147.

[552] CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, p. 210-231, 1990, p. 218-9.

[553] "[*O*]n lui donne sa véritable nature juridique, qui est celle d'un acte *juridictionnel* et, en ce cas, beaucoup de conflits collectifs et les *plus graves* lui échappent, parce qu'ils ne sont pas susceptibles d'une decision

arbitragem normativa e arbitragem positiva, feita nos dois últimos parágrafos do item 1.2.1 *supra* e aprofundada no item 5.1.2 e no tópico 5.2 *infra*.

Por fim, como há características públicas no direito interestatal,[554] não se pode confundir metodologicamente o direito internacional público com o DIP substantivo, que é um direito privado global em gestação. É certo que há interseções entre, de um lado, o direito produzido nos foros interestatais e, de outro lado, o direito não-estatal produzido transnacionalmente por entidades que se guiam por propósitos comuns, porém setorizados, de modo que os regimes transnacionais privados dialogam com os direitos constitucionais e com o direito internacional dos direitos humanos.[555] Como exemplos, citam-se os regimes transnacionais da Internet, do esporte, das empresas de segurança internacional e, potencialmente, do trabalho humano; o tema será retomado no item 5.2.2.

Em suma, pode-se pensar em Juízes nacionais atuando em desdobramento funcional do direito internacional público, mas não é apropriado falar em desdobramento funcional do DIP, como faz Miaja de la Muela,[556] pois há o risco de se confundir o DIP substancial com o método do DIP; seria mais preciso falar em *desdobramento funcional do direito transnacional*, ou de um regime transnacional específico, que esta tese tem considerado como regra substancial, conforme se abordou no tópico 3.1. Feita essa distinção, cabe observar, a seguir, como a arbitragem trabalhista pode ser considerada um desdobramento funcional.

5.1.2 A aplicação

Entre 1929 e 1930, o Brasil se preparava para eleições cujo fraudulento resultado redundaria, em outubro de 1930, na revolução encabeçada por Getúlio Vargas sob a

---

juridictionnelle... Insistons-y. (...) [*D*]*ans la majorité des cas* l'origine des conflits collectifs. Il s'agit d'une nouvelle répartition des heures de travail, d'une augmentation de salaires, de l'abrogation d'une règle disciplinaire, etc... L'une des parties intéressées au différend juge *équitable* de modifier la réglementation en vigueur du travail. On demande à l'arbitre de *changer le droit*, d'abroger une clause d'un contract collectif. Pour ce faire l'arbitre peut s'inspirer de la *justice*, de *l'équité*, des conditions du marché, etc... mais non point d'une règle de droit. Il faut qu'il l'édicte. En d'autres termes il n'est plus juge, il devient législateur" (SCELLE, Georges. *Le droit ouvrier*. 2. ed. Paris: Librairie Armand Colin, 1929, p. 131 e 132)

[554] Para uma confluência desses debates, cf. FASTENRATH, Ulrich; GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-Erasmus; PAULUS, Andreas; von SCHORLEMER, Sabine; VEDDER, Christoph (Ed.). *From bilateralism to community interest*: essays in honour of Judge Bruno Simma. Nova York: Oxford University Press, 2011.

[555] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 188 ss.; TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 128 ss.

[556] MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 138.

invocação do fantasma de João Pessoa.[557] Lindolfo Collor, que seria Ministro do Trabalho do Governo revolucionário, foi o responsável por elaborar extenso manifesto[558] em defesa da coligação de políticos gaúchos, paraibanos e mineiros, entre outros, conhecida como Aliança Liberal.[559]

No texto, enquanto pregava a modernização do Brasil e o reconhecimento de liberdades públicas como o voto feminino, Collor lembrava que o país era membro fundador da Organização Internacional do Trabalho, que gastava muito com o funcionamento da OIT e da Corte da Haia, que se mantivera na OIT a despeito de deixar a Liga das Nações e que, apesar de tudo, não cuidava de ratificar as convenções assinadas pelos plenipotenciários em Genebra.[560]

A anedota política ilustra bem certo impasse que intriga os internacionalistas: a delicada incorporação dos tratados, não apenas do ponto de vista constitucional, mas sobretudo na perspectiva da efetividade junto às instituições domésticas. As convenções internacionais de trabalho podem prever (a) políticas públicas, (b) regras substanciais de direito do trabalho ou (c) dispositivos programáticos de materialização nacional de direitos dos trabalhadores e de deveres dos empregadores.[561] Como exemplos respectivos, citam-se os

---

[557] "O comando nacional [*até a Revolução de 1930*] era sempre – as duas exceções confirmam a regra – paulista-mineiro e executava uma política conservadora para as classes conservadoras, a defesa do café e a estabilização monetária. (...) Uma política absolutista foi sempre recolonizadora e por isso não surpreende a formação, mais na República que no Império, de Estados metropolitanos e coloniais, estes especialmente os nordestinos e centrais, e a proscrição das elites dissidentes" (RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 95).

[558] "A vitória da Aliança Liberal nascia tarde, como tantos movimentos no Brasil. Seu programa não era inócuo e vazio, mas era obsoleto, era socialmente atrasado, uma relíquia que insistia em sobreviver e só se afirmava diante da fossilidade ainda maior da plataforma conservadora (...) O caráter conciliatório de Getúlio Vargas, a princípio meramente formal, isto é, de transação entre facções da minoria dominadora, e depois fundamental, isto é, de transação com o povo, dá ao movimento de 1930 o caráter de começo da revolução brasileira" (RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, p. 99). Em sentido similar, cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008 [*1957*], p. 765. Apesar de grandes legados jurídicos do período, como a Constituição de 1934, a Revolução acabaria capturada pelo culto à personalidade de Getúlio Vargas e degringolaria na ditadura do Estado Novo, entre 1937 e 1945. Caberia ao paraibano José Américo de Almeida, outrora entusiasta da Revolução, expor as primeiras fissuras no regime, em 1945.

[559] COLLOR, Lindolfo. Manifesto da Aliança Liberal (20 abr. 1930). *In*: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da História do Brasil*, volume IV: Revolução de 30 e Governo Provisório. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

[560] "Das trinta e uma ou trinta e duas convenções votadas até agora e assinadas pelo Brasil, no decurso de dez anos, apenas seis chegaram ao Congresso Nacional, e dessas seis ali nenhuma teve andamento! Os dois mil e quinhentos contos, no mínimo, que nos custam os nossos assentos nas deliberações do Bureau Internacional do Trabalho, não tiveram ainda, assim, o menor resultado prático em benefício dos trabalhadores brasileiros" (*Ibid*., p. 155).

[561] Sobre o tema, cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 184.

artigos: 2º da Convenção 161, que exige dos Estados a organização de serviços de saúde;[562] 6:1 da Convenção 132, que indica o cálculo do período de férias;[563] I da Convenção 42, que exige a fixação de indenização por doenças profissionais.[564]

Uma peculiaridade das convenções da OIT, expressão da reiterada inovação que historicamente caracteriza o direito do trabalho, é a previsão reiterada da arbitragem. A seguir, examinam-se, a esse propósito, os tratados trabalhistas ratificados pelo Brasil.

Na Convenção 94 da OIT, que trata das "cláusulas de trabalho nos contratos firmados por autoridade pública", os artigos 1:5, 2:1 e 2:2 reconhecem a possibilidade de as condições de emprego, a serem comparadas com aquelas potencialmente instituídas para os agentes públicos, serem regulamentadas pela lei nacional, por convenções coletivas ou por *sentença arbitral*. O artigo 3º, por outro lado, afirma que a autoridade competente "deve adotar medidas adequadas para assegurar aos trabalhadores interessados condições de saúde, de segurança e de bem-estar justas e razoáveis", sempre que essas disposições referentes aos "trabalhadores ocupados na execução de contratos ainda não forem aplicáveis em virtude da legislação nacional e de uma convenção coletiva ou de uma sentença arbitral".

Na Convenção 95 da OIT, "concernente à proteção do salário", a *sentença arbitral* é meio, ao lado da convenção coletiva: de alterar a forma de o empregado receber o pagamento (artigo 3:2) e de permitir "o pagamento parcial do salário em espécie nas indústrias ou nas profissões em causa" (artigo 4:1), o pagamento indireto (artigo 5), descontos salariais (artigo 8), periodicidade, momento e lugar do pagamento (artigos 12:1 e 13:1).

Na Convenção 106 da OIT, "relativa ao repouso semanal no comércio e nos escritórios", a legislação nacional figura como meio subsidiário de aplicação do tratado, e as determinações de órgãos oficiais, as convenções coletivas e a *sentença arbitral*, como meios principais. Os dois últimos também são considerados meios principais de fixação de horas de repouso na Convenção do Trabalho Marítimo, de iminente vigência no plano interno (Padrão A2.3, art. 9).

---

[562] "À luz das condições e da prática nacionais e em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, onde estas existam, todo Membro deverá definir, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente com relação aos serviços de saúde no trabalho".

[563] "Os dias feriados oficiais ou costumeiros, quer se situem ou não dentro do período de férias anuais, não serão computados como parte do período de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 acima".

[564] "1. Todo Membro de Organização internacional do Trabalho que ratificar a presente convenção se obriga a garantir às vítimas de moléstias profissionais, ou a quem couber de direito, uma indenização baseada nos princípios gerais da legislação nacional concernente à indenização dos acidentes de trabalho. 2. O valor dessa indenização não será inferior à que prevê a legislação nacional sobre danos provenientes de acidentes do trabalho. Ressalvada esta condição, cada Membro ficará livre, determinando na sua legislação nacional as condições de pagamento das indenizações relativas às moléstias de que se trata, e aplicando às mesmas a sua legislação concernente à reparação dos acidentes do trabalho, de adotar as modificações e adaptações que lhe parecerem adequadas".

A Convenção 132 da OIT, "relativa às férias anuais remuneradas", possui dispositivo similar (artigo 1) e esclarece que a sentença arbitral pode fixar o momento de usufruto das férias, sobrepondo-se à possível determinação do empregador (artigo 10:1). O artigo 10:1 da Convenção 146, "sobre férias remuneradas anuais da gente do mar", e o artigo 1 da Orientação B2.4.2 da Convenção do Trabalho Marítimo têm disposições afins.

Na Convenção 135 da OIT, "sobre a proteção de representante de trabalhadores", as sentenças arbitrais, ao lado da lei, das convenções coletivas e de decisões judiciais, "poderão determinar o tipo ou os tipos de representantes dos trabalhadores que devam ter direito à proteção ou às facilidades visadas pela (...) Convenção" (art. 4).

Em verdade, a fixação de direitos de organização coletiva é admitida pela Convenção 154[565] e, em uma interessante interseção de arbitragem trabalhista e arbitragem com o Poder Público – dois temas sensíveis da pesquisa na área –, também pelo artigo 8 da Convenção 151,[566] que, como já referido no subitem 3.2.2-A, garante, segundo o Decreto Presidencial n° 7.944/2013, a sindicalização tanto a empregados públicos quanto a servidores concursados.

Disposições semelhantes às que ora se comentam podem também ser encontradas em outras convenções, afetando alguns direitos *aparentemente indisponíveis*, como a proteção à saúde e a assistência médica (C164, art. 2), a continuidade no emprego (C145, art. 7, e C166, art. 2:1:g), a licença remunerada para estudos (C140, art. 5), o trabalho noturno (C171, art. 11:1), o processamento de carga nos portos (C137, art. 7) e aqueles submetidos à inspeção do trabalho marítimo (C178, art. 1:7:c). Por fim, é preciso esclarecer que há Recomendação da OIT sobre arbitragem, mas essa se restringe à arbitragem coletiva como meio de pacificar uma greve.[567]

Ao contrário do que uma leitura apressada poderia sugerir, essas convenções da OIT, muitas das quais ratificadas pelo Brasil antes mesmo da Constituição de 1988, não fundamentam, necessariamente, a arbitragem de direito do trabalho, nos moldes tratados no item 1.2.2.

---

[565] "Artigo 4. Na medida em que não se apliquem por meio de contratos coletivos, laudos arbitrais ou qualquer outro meio adequado à prática nacional, as disposições da presente Convenção deverão ser aplicadas por meio da legislação nacional. (...) Artigo 6. As disposições da presente Convenção não obstruirão o funcionamento de sistemas de relações de trabalho, nos quais a negociação coletiva ocorra num quadro de mecanismos ou de instituições de conciliação ou de arbitragem, ou de ambos, nos quais tomem parte voluntariamente as partes na negociação coletiva."

[566] "A solução de conflitos surgidos em razão da fixação das condições de trabalho será buscada de maneira adequada às condições nacionais, por meio da negociação entre as partes interessadas ou por mecanismos que deem garantias de independência e imparcialidade, tais como a mediação, a conciliação ou a arbitragem, instituídos de modo que inspirem confiança às partes interessadas".

[567] A Recomendação 92 da OIT, adotada em 1951, afirma, em seu art. 6, que "[*i*]f a dispute has been submitted to arbitration for final settlement with the consent of all parties concerned, the latter should be encouraged to abstain from strikes and lockouts while the arbitration is in progress and to accept the arbitration award".

Em verdade, as previsões citadas no presente item deixam claro que, atenta à variedade de tratamento nacional do direito do trabalho, a OIT entendeu que suas convenções poderiam ser densificadas, em cada país, tanto por meio de leis quanto por meio de negociações coletivas ou arbitragens envolvendo seus participantes.

O traço diferencial na solução de conflitos laborais consiste, há mais de um século, na possibilidade de se criarem normas gerais e abstratas, aplicáveis a uma categoria de trabalhadores; se as partes podem exercer tal criação por meio da negociação coletiva, elas também podem concordar que um terceiro exerça "poder normativo". Embora a atribuição de tal poder a *autoridades estatais* tenha raízes autoritárias,[568] a tentativa de extinção, por ocasião da reforma do Poder Judiciário empreendida pela Emenda Constitucional n° 45/2004, foi impedida exatamente pela percepção de que, no país, não haveria um substitutivo para a solução de conflitos coletivos,[569] isto é, a arbitragem não teria ainda a adesão necessária.

Conciliando a distinção apresentada ao final do item 1.2.1 e a persistência do poder normativo na Constituição brasileira, observa-se que as arbitragens mencionadas nas transcritas convenções da OIT são eminentemente *normativas*,[570] isto é, disciplinam as condições de trabalho para todas as relações individuais, assim as atuais como as futuras. No Brasil, o resultado das negociações coletivas se equipara à lei, ou pode ser superior a elas,[571] enquanto o poder normativo do Judiciário deverá observar "as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente" (CRFB, art. 114, § 2º).

O poder normativo da Justiça do Trabalho é uma peculiaridade brasileira, "instituição desconhecida" às demais jurisdições, mas a *arbitragem normativa* só pode ser considerada instituição universal, em especial porque prevista, reiteradamente e há cerca de

---

[568] "Justificava-se a existência desse poder normativo à época em que ele foi instituído. Quando a Justiça do Trabalho foi criada, em 1939, e quando começou a funcionar, em 1941, estávamos sob a vigência da Carta outorgada de 1937, que não reconhecia a separação de poderes e, mais, colocava todo o poder nas mãos do ditador. (...) Entretanto, o Brasil mudou. A Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário, mercê da Constituição de 18 de setembro de 1946, e, nessa passagem para o regime democrático, o poder normativo simplesmente teria que ser eliminado. Todavia, por uma questão cultural, sobreviveu a teratologia jurídica denominada poder normativo, criação de uma ditadura, incompatível com a competência funcional da Justiça do Trabalho no regime democrático" (ROMITA, Arion Sayão. O poder normativo da justiça do trabalho: antinomias constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 67, n. 2, abr./jun. 2001, p. 50).

[569] Eis o relato de Vantuil Abdala, ex-Presidente do TST: "Dezembro de 2004. A PEC da Reforma do Judiciário estava parada há anos no Congresso Nacional. De repente, disparou. Aprovava-se um monte de coisas, de um dia para outro. Nesse ritmo estava para ser aprovado dispositivo que implicava a extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho. Como Presidente do TST, à época, senti-me na obrigação de alertar o Ministro Jobim, então Presidente do STF, que bem entendeu o risco de o país ficar sem um meio de solução de conflitos coletivos, mormente em caso de greve em atividades essenciais" (ABDALA, Vantuil. Justiça do trabalho: 75 anos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 83, n. 1, jan./mar. 2017, p. 142-143).

[570] Evita-se propositadamente o termo "arbitragem coletiva", pois entende que pode haver arbitragens coletivas que não são, por si sós, normativas. A coletivização, assim, diz respeito ao número de partes envolvidas, o que, na arbitragem, é um traço distintivo muito relevante.

[571] É o caso do Brasil, desde a entrada em vigor da Lei Federal n° 13.467/2017.

um século, em convenções da OIT. Nesse sentido, uma arbitragem normativa com elementos estrangeiros encontra suas condições nos tratados que a preveem.

Nos contornos da teoria de Georges Scelle, afirma-se, portanto, que as arbitragens entre patrões, de um lado, e empregados ou sindicatos profissionais, de outro, as quais envolvam uma criação prospectiva da norma para situações "plurilocalizadas", constituem um desdobramento funcional do direito internacional do trabalho, pois seu resultado deverá aplicar um conteúdo necessário nele previsto. Assim, *as normas de aplicação imediata, na arbitragem normativa, seria, em princípio, o direito da OIT; exatamente por se tratar de desdobramento do direito internacional, não se admitiriam as variações nacionais.*

Observa-se que, ao contrário do agente público que exerce poder normativo, o árbitro não presta deferência às políticas econômicas do foro. Por outro lado, sua sentença não poderia ser obstada pelo Judiciário local, sob a reserva da ordem pública, porque as convenções da OIT preveem institutos trabalhistas universais, e o óbice à elevação das condições de trabalho seria incompatível com a Constituição da OIT, com a Declaração da Filadélfia,[572] que a integra, e, sendo elas tratados, também com o "pacta sunt servanda" consagrado na CVDT.

Essa constatação, contudo, não necessariamente se estende à arbitragem positiva, porque ela não está prevista nessas convenções. Seria atécnico apontar a aplicação imediata de um direito que não oferece fundamento de validade a um sistema. Se não é possível encontrar as normas nas convenções internacionais do trabalho, seria possível pela via do direito transnacional? Eis a preocupação do tópico 5.2.

---

[572] Eis o artigo III da Declaração de Filadélfia: "A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: a) proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida; b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral; c) favorecer, para atingir o fim mencionado no parágrafo precedente, as possibilidades de formação profissional e facilitar as transferências e migrações de trabalhadores e de colonos, dando as devidas garantias a todos os interessados; d) adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital; e) assegurar o direito de ajustes coletivos, incentivar a cooperação entre empregadores e trabalhadores para melhoria contínua da organização da produção e a colaboração de uns e outros na elaboração e na aplicação da política social e econômica; f) ampliar as medidas de segurança social, a fim de assegurar tanto uma renda mínima e essencial a todos a quem tal proteção é necessária, como assistência médica completa; g) assegurar uma proteção adequada da vida e da saúde dos trabalhadores em todas as ocupações; h) garantir a proteção da infância e da maternidade; i) obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura; j) assegurar as mesmas oportunidades para todos em matéria educativa e profissional."

5.2 ARBITRAGEM POSITIVA E DIREITO TRANSNACIONAL

Em 1757, enfrentando dificuldades na organização de acordos comerciais com lideranças locais, a Companhia Inglesa das Índias Orientais iniciou um conflito, *usando seu próprio exército*, contra o nababo de Bengala; vencedora, a empresa expandiu seus privilégios na região.[573] O contato das culturas está retratado na Figura 4.

Figura 4 – HAYMAN, Francis. *Lord Clive meeting with Mir Jafar after the Battle of Plassey*. *circa* 1760. 1 original de arte. Acervo da National Portrait Collection. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/File:Clive.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

A convergência de companhias multinacionais, acordos corporativos e exércitos privados pode ter parecido apenas uma reminiscência histórica a pesquisadores do início do século XX, mas eles são atores muito presentes em 2021. Em verdade, como destaca Ulrich Beck, na globalização contemporânea, as empresas não manifestam seu poder sob ameaça de invasão, mas, ao contrário, de retirada: "The threat is no longer of an invasion but of the non-invasion of investors, or the threat of their withdrawal. There is only one thing worse than being overrun by big multinationals: not being overrun by multinationals". [574]

[573] ROBINS, Nick. *A corporação que mudou o mundo*: como a Companhia das Índias Orientais moldou a multinacional moderna [*The corporation that changed the world: how the East India Company shaped the modern multinational*]. Trad. Pedro Jorgensen. Rio de Janeiro: Difel, 2012 [*2006*], p. 27.
[574] BECK, Ulrich. The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, v. 18, n. 3/4, p. 143-159, 2005, p. 150.

Como "a origem do novo é o que geralmente nosso espírito procura no passado",[575] cabe saber como os mais recentes acordos transnacionais no mundo do trabalho – como os supracitados Acordos de Bangladesh, coincidentemente celebrados na mesma região da Baía de Bengala – interagem com as instituições jurídicas herdadas dos séculos XVIII e XIX.

Este tópico final procura expor a feição contemporânea das relações de trabalho, que demandam lugar próprio nos debates sobre direito transnacional (5.2.1), de modo a talhar as teses já apresentadas e assegurar a pertinência das reflexões trabalhistas na arbitragem (5.2.2).

5.2.1 Fundamentos transdisciplinares

A prestação de serviços transfronteiriços é um fato, que pode ser apreendido, ou melhor, causado, neste exato momento, por qualquer um que lê estas linhas.

Basta acessar uma plataforma de "crowdsourcing" e oferecer seus talentos de docência ao Sharing Academy ou de fotografia ao iStockphoto, entre outros exemplos, que o leitor, provavelmente brasileiro, estará contratando com tomadores de serviço estrangeiros por meio de uma empresa gerida ou situada fora do Brasil. Em alguns segundos, poderá estar formada uma relação trabalhista "plurilocalizada".

Ainda que, por exemplo, a hipótese sugerida estivesse restrita a um vínculo de emprego, é possível, considerando o elevado preço que o dólar alcançou em 2020, que o prestador desse serviço, com flexibilidade de horários suficiente para alcançar múltiplos clientes finais, receba remuneração elevada e preencha facilmente os requisitos do artigo 507-A da CLT, para firmar cláusula compromissória.

Sem inverter causa e efeito, ou seja, sem considerar o novo momento como "pós-estatal", senão "ante-estatal", esta tese parte do pressuposto de que os indivíduos são livres para o trabalho "apesar" do Estado nacional, examinando, a seguir, as potenciais manifestações normativas que se oferecem à regulação do trabalho global.

A) O espaço transnacional trabalhista

Subjacente à ideia de direito internacional privado, reside a percepção de que há uma sociedade de pessoas que se deslocam para além das fronteiras do Estado, emergindo o DIP precisamente para a regulação das relações privadas decorrentes do livre trânsito de

[575] HUIZINGA, Johan. *O outono da Idade Média* [*Herfsttij der Middeleeuwen*]. Trad. Francis Petra Janssen. São Paulo: Cosac Naify, 2010 [*1919*], p. 6.

indivíduos. Não se trata, assim, de mera gestão das migrações ou mesmo dos refugiados tomados coletivamente, temas de contemporânea e intensa atenção do direito internacional público; amalgama-se, no DIP, o pacífico fluxo de pessoas e a necessidade de salvaguardar seus direitos,[576] ainda que elas não estejam no Estado de origem. Não por acaso, Clóvis Beviláqua defendia a universalidade e a humanidade como características do direito internacional privado.[577]

De fato, é profundamente humana a percepção de que "o outro" pode ter direitos previstos em leis que não são as do país em que é visitante; se a cidadania é o direito a ter direitos, na formulação de Hannah Arendt,[578] e dúvidas sobre a aplicação da lei estrangeira em lugar da nacional só nascem, porque ao estrangeiro é reconhecido o direito de exercer direitos,[579] pode o direito internacional privado, se bem estruturado e aplicado, ser responsável por elevar o ser humano a uma cidadania verdadeiramente universal.[580]

Apesar de oportuna e preferível à sua alternativa nacionalista, essa perspectiva de direito internacional privado tolerante não ignora uma metodologia essencialmente estatalista. Como já mencionado, contudo, esta tese não parte do pressuposto de que o atual contexto social da humanidade é pós-estatal; a perspectiva estatalista de DIP inverte a lógica histórica, pois o Estado é criação relativamente recente,[581] enquanto os fluxos de humanos entre grupos diversos – seja famílias, clãs ou sociedades primitivas – sempre existiu.

Ao comentar, em 1958, os projetos de exploração espacial, Hannah Arendt lembrava que o Planeta Terra é o espaço da humanidade, isto é, trata-se de um mundo feito para o ser humano.[582] A premissa prevalece tanto em uma perspectiva religiosa, segundo a qual o

---

[576] BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Proyecto de Codigo de Derecho Internacional Privado*. Havana: Imprenta El Siglo XX, 1925, p. 23.

[577] BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, [*1906*], p. 10-11.

[578] Para uma reflexão sobre o conceito de cidadania em Hannah Arendt, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Cidadania em Marte: a condição humana, o direito a ter direitos e a missão colonizadora Mars One. *In*: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*, vol. X. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 597-606.

[579] Comentando o Código Civil de Napoleão Bonaparte, Rodrigo Octávio esclarece que o reconhecimento de direitos civis aos estrangeiros é condição para a existência dos conflitos de lei (OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 64-65).

[580] Este parágrafo e o anterior aprofundam ideias e argumentos já publicados anteriormente pelo autor em: FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. A contribuição da OIT para o direito internacional privado do trabalho: conflitos de leis, qualificação e cooperação jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Virgínia Monteiro; FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Org.). *O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil*. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 87-112.

[581] Sobre o tema, cf. BERMAN, Harold J. *Law and revolution*: the formation of the Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 465-466; STRAYER, Joseph R. *On the medieval origins of the modern state*. Princeton: Princeton University Press, 2005 [*1970*].

[582] ARENDT, Hannah. *A condição humana* [*The Human Condition*]. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008 [*1958*], p. 10.

Planeta foi criado para o homem, quanto na atual perspectiva científica, em que a vida teria evoluído paulatinamente, estando o homem no contexto de uma cadeia de primatas que aqui se desenvolveram, ainda que de forma involuntária, sem uma vontade suprema ou "design" inteligente. Em suma, aqui se afirma que o mundo inteiro é o espaço para a humanidade, sendo o Estado uma ficção de uma época histórica específica – ainda a presente.[583]

Por outro lado, a contemporânea prestação de serviços em contratos desnivelados é típica da economia posterior à Revolução Industrial,[584] enquanto a submissão desses contratos a regulamentos protetivos da parte mais vulnerável é a marca do direito do trabalho. De fato, ao tempo de sua afirmação como disciplina jurídica, a organização do trabalho humano no Ocidente seguia o mais recente de três ciclos históricos: a escravidão, a servidão e o salariato. No primeiro, o trabalhador era propriedade de um senhor, enquanto, no segundo, estava vinculado à terra onde laborava; em nenhum dos dois, havia trabalho livre, que se fundamentaria juridicamente após a Revolução Francesa,[585] e, do ponto de vista da sociedade, não havia inserção do trabalhador na formulação da política ou do direito.

Nesse sentido, para Hannah Arendt, "a principal diferença entre o trabalho escravo e o moderno trabalho livre não é a posse da liberdade pessoal (...), mas o fato de que o operário moderno é admitido na esfera pública e é completamente emancipado como cidadão".[586] O indivíduo, portanto, ao mesmo tempo em que pode exercer o trabalho[587] transnacionalmente, também pode, em tese, participar da ação.[588] Um espaço transnacional trabalhista, assim, deve pressupor um regime jurídico que reflita essa liberdade não apenas de *trabalhar*, mas,

---

[583] O argumento se aproxima, com fundamentos diversos, da perspectiva de Georges Scelle, que via a realidade como constituída de indivíduos (MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953, p. 136).

[584] Sobre as condições da prestação de serviços, cf. HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem* [*Man's Worldly Goods*]. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986 [*1936*], p. 162 ss; TOYNBEE. *A Humanidade e a Mãe-Terra*: uma História Narrativa do Mundo [*Mankind and Mother Earth: A Narrative History of the World*]. Trad. Helena Maria Camacho Martins Pereira, Alzira Soares da Rocha. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979 [*1976*], p. 686 ss.

[585] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 4; RUSSOMANO, Mozart Victor. *Estudos de direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1953, p. 201-202; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 128.

[586] ARENDT, Hannah. *A condição humana* [*The Human Condition*]. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008 [*1958*], p. 229.

[587] "O trabalho possui um mundo 'artificial' de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural" (*Ibid.*, p. 15).

[588] "A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo" (*Idem*).

sobretudo, de *agir*. Se isso implica ou não uma ação política, não é o debate desta tese; afirma-se, apenas, que um indivíduo livre deve ter sua liberdade repercutida no direito.[589]

Por muito tempo, o sindicato destacou-se na articulação dos padrões trabalhistas, representando o trabalhador em negociações com o patrão e, em manifestação inovadora típica das relações laborais, também na formulação do próprio direito. Se, por um lado, o declínio contemporâneo da filiação sindical é atribuído à globalização e à inovação tecnológica, que reduziu vagas de emprego locais e automatizou determinadas funções,[590] o que se observa é o surgimento de novas estruturas sindicais, efetivamente globais, adaptadas às cadeias produtivas, como nos exemplos do item 2.1.1. Tal como já se referiu o tópico 4.2, os artigos 8:1:a do Protocolo de São Salvador e 8:1:b do PIDESC reconhecem o direito de as confederações sindicais nacionais filiarem-se a organizações sindicais internacionais.

Havendo ou não uma crise dos sindicatos, tema que demandaria uma tese inteira para si, é fato que a ação do trabalhador livre, no espaço transnacional, não pode ser resumida apenas à atuação coletiva. Não obstante o necessário reconhecimento da autonomia da vontade no DIP trabalhista, esta tese não ignora a *assimetria de informações* que eventualmente existe na negociação do contrato de trabalho; trata-se, em verdade, de uma falha de mercado a impedir um efetivo equilíbrio de barganha entre patrão e empregado.

Não se defende, portanto, uma desregulamentação[591] transnacional que finja emancipar o trabalhador em um ambiente que, mesmo sob a aparência de liberdade de escolha, representa apenas uma nova coação. Byung-Chul Han distingue bem a *sociedade disciplinar* do século XX, com suas óbvias hierarquias no pátio de fábrica fordista ou taylorista, da *sociedade de desempenho* do século XXI, que, transposta para o mundo do trabalho, representa a aparente consagração de projetos pessoais que mascaram a

---

[589] "A autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que este ato tenha objeto lícito" (STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. 1967. 219p. Tese (Docência Livre em Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967, p. 51).

[590] NAÍM, Moisés. *The end of power*: from boardrooms to battlefields and churches to States, why being in charge isn't what it used to be. Nova York: Basic Books, 2013, p. 202.

[591] O termo aqui é usado no contexo do DIP, e não do direito do trabalho. "Dans les affaires économiques, la large autonomie des parties correspond bien à la tendance actuelle de favoriser la 'déréglementation' et de diminuer le plus possible le dirigisme étatique, cela afin d'encourager les énergies créatrices des personnes privées. Les Etats qui ne disposent plus des moyens financiers suffisants deman- dent souvent à des entreprises privées de se charger de la réalisation de grands projets internationaux. Ils sont donc prêts à concéder une large autonomie aux personnes privées dans la détermination de la loi applicable » (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995, p. 151).

autoexploração.[592] A marca do mercado contemporâneo é essencialmente diluir a obediência em rede, como as relações feudais de suserania, sujeitando "pessoas sem as privar da liberdade e da responsabilidade, que são o essencial do preço delas. Por isso florescem novos híbridos, que organizam a enfeudação de seus membros aos interesses alheios".[593] Não é coerente, com a defesa da autonomia da vontade, a ratificação de um estado de coisas cujo efeito prolongado é a negação da identidade, seja individual, seja cultural.

Em verdade, a contemporânea estruturação do mercado em rede, em vez de fazer desaparecer a *dependência* que caracterizava o direito do trabalho no início do século XX,[594] expandiu-a aos contratos em geral, com um novo objeto, que "não é trocar determinados bens nem selar uma aliança entre iguais, mas legitimar o exercício de um poder", de modo que, ao "perímetro da troca e ao da aliança, o Direito Contratual acrescenta agora o da *subordinação*, pela qual uma parte se coloca na área de exercício do poder de outra".[595]

Essa nova dependência explica por que, nas cadeias produtivas contemporâneas, não só o indivíduo trabalhador, prestador inicial dos serviços, encontra-se sob a direção do empregador direto; este também depende do controle exercido em uma rede difusa de outras empresas, com entrelaçamentos transnacionais. Certamente isso deve repercutir no DIP trabalhista, como se tem anunciado e fundamentado desde a Introdução.

Dessa forma, um regime que consagre a liberdade – como deve ser qualquer um que se valide por meio da arbitragem, que é manifestação, por essência, da liberdade de contratar – não deve impedir a *ação*, no sentido dado por Hannah Arendt; ele é, portanto, incompatível com a transferência da coação da empresa para o trabalhador, como também com a

---

[592] "O sujeito de desempenho pós-moderno não está submisso a ninguém. (...) Ele se positiva, liberta-se para um projeto. A mudança do sujeito para projeto, porém, não suprime as coações. Em lugar da coação estranha, surge a autocoação, que se apresenta como liberdade. Essa evolução está estreitamente ligada com as relações de produção capitalistas. A partir de um certo nível de produção, a autoexploração é essencialmente mais eficiente, muito mais produtiva que a exploração estranha, visto que caminha de mãos dadas com o sentimento da liberdade" (HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço* [*Müdigkeitsgesellschaft*]. 2. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017 [*2010*], p. 101).

[593] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 131.

[594] "[*O*] contrato de trabalho que, como apreciamos, não se resume às prestações de trabalho e remuneração, incluindo também a relação de dependência, que é elemento imaterial, só pode ser convenientemente interpretado à luz dessa coesão moral de que é dotado, fixando condições para que *uma pessoa*, com seus atributos de dignidade, se conserve ligada a uma unidade impessoal, mas de realidade social tão evidente, como é a empresa" (ANDRADE, Vasco de. *Atos unilaterais no contrato de trabalho*. Contribuição do Departamento Estadual do Trabalho [Procuradoria do Trabalho] ao Congresso Jurídico Nacional. São Paulo, 1943, p. 81).

[595] SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*], p. 130. "O contrato de trabalho continua a ser seu paradigma, mas a fórmula que nele foi inventada – a subordinação consentida livremente – perde seu dinamismo, pois a subordinação já não basta para satisfazer as necessidades das instituições que rejeitam o modelo piramidal para a estrutura em rede" (*Idem*).

transferência total da responsabilidade da beneficiária final para as pequenas empresas da cadeia produtiva.

B) O regime transnacional trabalhista

A doutrina contemporânea à afirmação da CLT no direito brasileiro, a partir dos anos 1940, variando em algumas classificações e requisitos, enxergava, como "fontes" – ou "formas de coercibilidade"[596] – de sua disciplina, a lei, a equidade, o costume, a sentença normativa, os acordos e convenções coletivos, alguma jurisprudência e os laudos arbitrais, além do contrato individual e do regulamento de empresa.[597] Em gerações posteriores, não houve significativo acréscimo de fontes a essa abordagem,[598] a despeito de certo ativismo judicial ter alargado determinados direitos.[599]

Como o direito é uma formulação científico-positiva, ele "pode existir fora das formas de coercibilidade ou em oposição ao conteúdo normativo dessas formas",[600] contudo, na busca de uma técnica de decisão, como se propõe esta pesquisa, é essencial compreender – no mínimo, de forma indutiva – quais tipos jurídicos concorreriam na aferição do direito aplicável. Assim, sem aderir à arriscada tentação de criar classificações de inócua aplicação

[596] "[*E*]xiste somente uma fonte do direito (sendo 'fonte' = princípio, fundamento ou origem de uma coisa): a junção da informação científico-positiva atualmente insuperável ao sentido básico permanente do dever ser. O cognitivo – correto ou não – sempre marca os conteúdos normativos de *formas de coercibilidade*; e os conceitos e princípios do Direito não são por si coercíveis, independentemente dessas formas de coercibilidade" (SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 61-62. Sem grifos no original).

[597] GAMA CERQUEIRA, João da. *Sistema de direito do trabalho*, vol. 1: noções fundamentais; o direito do trabalho e a questão social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, capítulo V; GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, capítulo VIII; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11. ed. São Paulo: LTr, 1999, capítulo VII.

[598] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 81-104 (capítulo III); BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 83-99 (capítulo II); CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 49-98 (capítulo 3); MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993, p. 94-110 (capítulo VIII).

[599] "[*A*] morfologia do ativismo judicial trabalhista pode ser descrita de acordo com os seguintes passos, conforme visto no caso paradigmático da Súmula 372 do TST: a) invocam-se princípios jurídicos gerais para a criação de direitos novos aos trabalhadores, não previstos em lei; b) editam-se súmulas ou orientações jurisprudenciais calcadas nos precedentes que criaram tais direitos; c) tais enunciados de jurisprudência passam a ser equiparados à lei, como fonte normativa primária; d) passa-se a interpretar ampliativamente tais súmulas e orientações jurisprudenciais, criando-se novos direitos, novamente sem base legal. Justamente essa prodigalidade na concessão e ampliação de direitos que tem caracterizado a atuação protetiva da Justiça do Trabalho gera como efeito colateral perverso e indesejado, mas previsível, a redução paulatina de sua competência". (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-21/gandra-filho-tst-stf-analise-psicologica-direito. Acesso em: 09 nov. 2020. P. 33-34).

[600] SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 58.

prática, esta tese reputa necessário delimitar, ou melhor, enumerar algumas novas "formas de coercibilidade" na sociedade de trabalho, ou seja, os elementos sociais, presentes no mercado, capazes de subsidiar a exigibilidade de condutas.[601]

Em linha com a análise econômica do capítulo 3 e com as bases normativas do capítulo 4, é preciso reconhecer que, tanto no contexto da arbitragem, nacional ou transnacional, quanto no direito do trabalho, brasileiro ou interestatal, o direito não se pode confundir com o Estado, que se sobressai apenas como instrumento de poder,[602] ocorrendo contemporaneamente uma "descentralização da imputação normativa".[603]

O direito internacional privado tem reagido a tal perspectiva e reconhecido o problema dos ordenamentos "plurilegislativos".[604] Como esta tese se ocupa do direito aplicável ao mérito da arbitragem trabalhista, deve-se realizar uma distinção entre duas situações: (α) ordens nacionais pluralistas, com fontes estatais e privadas internas à sua racionalidade, ou (β) um pluralismo transnacional, isto é, de ordens nacionais – elas próprias monistas ou pluralistas – e privadas.[605]

No primeiro caso (α), a aplicação da "lex causae" envolverá toda a pluralidade normativa inerente ao ordenamento escolhido pelas partes ou pela regra conflitual, mas a escolha do ordenamento propriamente dita repousará entre alternativas estatais: opta-se pela lei do Estado "A", com todas as consequências monistas ou pluralistas inerentes à sua própria tradição nacional, ou pela lei do Estado "B". No segundo caso (β), a concorrência se perfaz

---

[601] "Subordinar necessariamente uma indagação internacional a formas de coercibilidade específicas a um Estado determinado será colocar o menos geral acima do mais geral, a forma acima do conteúdo, o poder ou a soberania acima do Direito" (SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 180).

[602] "[*S*]e Estado e Direito não se confundem, embora, no Estado moderno, possam coincidir, se, ademais, o Estado é detentor do monopólio da coação incondicionada que, por seu turno, é garantia, mas não da essência do Direito, o primado da ordem estatal não é predominância *normativa* propriamente dita e sim, antes de mais nada, uma supremacia de poder" (GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 380, p. 297. Grifos no original.)

[603] CALVO GONZÁLEZ, José. *Direito curvo*. Trad. André Karam Trindade, Luis Rosenfield e Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 38.

[604] BORRÁS, Alegría. Les ordres plurilegislatifs dans le droit international prive actuel. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 249, p. 145-368, 1994, p. 161-164; GUILLAUMÉ, Johanna. *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*. Paris : LGDJ, 2011, p. 38-43. O artigo 20 do Código Civil português, inserindo-se entre outras normas de DIP, ocupa-se do problema: "1. Quando, em razão da nacionalidade de certa pessoa, for competente a lei de um Estado em que coexistam diferentes sistemas legislativos locais, é o direito interno desse Estado que fixa em cada caso o sistema aplicável. 2. Na falta de normas de direito interlocal, recorre-se ao direito internacional privado do mesmo Estado; e, se este não bastar, considera-se como lei pessoal do interessado a lei da sua residência habitual. 3. Se a legislação competente constituir uma ordem jurídica territorialmente unitária, mas nela vigorarem diversos sistemas de normas para diferentes categorias de pessoas, observar-se-á sempre o estabelecido nessa legislação quanto ao conflito de sistemas".

[605] Em sentido próximo, mas já criticado no item 4.2.1 *supra*, GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 376.

entre o direito nacional do Estado "C" e uma ordem jurídica autônoma "X", apenas formalmente localizada no Estado "D", ou simplesmente "deslocalizada", sem que a escolha pelo regime privado implique necessariamente escolha pelo direito do Estado "D".

Imagina-se, por exemplo, a aplicação, pelo Juiz brasileiro, em causa envolvendo as empresas de segurança internacional, do regime regulatório e sancionador da Associação do Código Internacional de Conduta Para Provedores de Serviços de Segurança Privada. Embora tal entidade esteja sediada em Genebra, não se trata necessariamente da aplicação do direito suíço, senão da ordem privada autonomamente engendrada pelo mercado.[606]

A propósito, a pluralidade ora tratada não se confunde com o reenvio, fenômeno já conhecido de tempos estatalistas do DIP. Esse clássico instituto considera que, referindo-se a regra conflitual do Estado "E" à aplicação da lei do Estado "F", este poderá, em tese, autorizar a devolução do julgamento à lei do Estado "E" ou a remissão da causa à lei do Estado "G", com subsequentes possibilidades de devolução e remissão sucessivas, de "G" a "Z" e de volta a "E".

No contexto de uma verdadeira sociedade de trabalho, sem fronteiras, as potenciais formas de coercibilidade contemporâneas são a lei estatal, o produto da negociação coletiva nacional e a transnacional, como contratos coletivos[607] e "acordos-marcos" transnacionais,[608]

---

[606] Sobre o caráter dadaísta dessas possíveis escolhas, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Da transnacionalidade ao helvetismo: dadaísmo, ordem pública e regimes transnacionais privados. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 7, p. 244-259, 2019. Para um estudo do mercado da segurança internacional, cf. FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

[607] Wolney Cordeiro, em tese de Doutorado, desenvolveu o conceito de "contrato coletivo transnacional", para abarcar tais possibilidades de negociações: "Nessa linha de raciocínio, poderíamos estabelecer, como elemento conceitual prévio, que os instrumentos de regulação social, enquadrados em determinadas características contemporâneas, poderiam ser denominados de contratos coletivos de trabalho transnacionais. Não seriam apenas os ajustes de índole transnacional firmados pelos sindicatos, mas sim toda e qualquer manifestação privada destinada a regular o trabalho além dos referenciais nacionais. (...) A partir da análise procedida nos capítulos anteriores, é possível concluir que, para os objetivos de nossa pesquisa, considerar-se-ia conceitualmente contrato coletivo transnacional *as declarações de vontade de incidência além dos limites do Estado-nação, ajustadas mediante a interferência de entidades não integrantes das estruturas estatais típicas e destinadas ao reconhecimento de direitos sociais de forma abstrata*. O conceito proposto agrega, por conseguinte, três elementos básicos de congruência: abrangência, natureza dos contratantes e conteúdo normativo" (CORDEIRO, Wolney de Macedo. *A inserção do contrato coletivo transnacional no plano supralegal da ordem jurídica brasileira*. 2013. 264p. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas)-Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013, p. 149). Além da contribuição do autor, a CLT prevê o contrato coletivo, sem que a realidade brasileira tenha exemplos sobre o tema, já que, no país, prevalecem as convenções coletivas de trabalho, assim diferenciados: "[*O*] contrato coletivo de trabalho assimila-se ao contrato, enquanto a convenção coletiva de trabalho assimila-se a 'uma norma autêntica de direito que se elabora e se aplica no seio dos grupos sociais'. O primeiro está jungido à teoria contratualista e o segundo à teoria normativista. Ali, predomina o individualismo jurídico, aqui o solidarismo, o primado do social sobre o individual" (COSTA, Orlando Teixeira da. *O direito do trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1998, p. 110).

[608] "A Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf-CUT) e a UNI Global Union se reuniram na tarde de segunda-feira 22 com o banco Itaú para a renovação da assinatura do Acordo Marco. O documento já havia sido assinado em 2012. (...) O secretário de Relações Internacionais da Contraf-CUT, Roberto von der Osten, explicou que o acordo é uma ferramenta que visa minimizar os conflitos do trabalho e

regulamentos unilaterais de empresa, códigos de conduta, os tratados de direitos humanos ratificados por cada país envolvido, o "jus cogens" internacional, especialmente o que veda o racismo e a escravidão, e um crescente número de leis aplicáveis às cadeias produtivas.

Como o problema central do DIP é "extrair das legislações divergentes um princípio de harmonia para regular as relações jurídicas de ordem privada nas quais, por uma razão ou por outra, essas legislações se encontram",[609] observa-se que o árbitro trabalhista está em posição privilegiada, para construir progressivamente um regime transnacional privado que caracterize certa unidade em tantas manifestações normativas. Não se trata de uma pesquisa livre do direito, mas de uma investigação de formas de coercibilidade já existentes.[610]

Nesse sentido, além das convenções internacionais do trabalho, um crescente número de legislações extraterritoriais tem revelado um possível direito "comum". Em 2016, o Global Magnitsky Act passou a permitir que o Presidente dos Estados Unidos imponha sanções contra indivíduos e entidades estrangeiros por atos de violação a direitos humanos "internacionalmente reconhecidos". Embora a redação não seja exaustiva, estão explicitadas as liberdades de expressão, de religião, de associação e de reunião,[611] as quais podem manifestar-se nos contratos de trabalho, seja sob a necessidade de respeitar a identidade cultural do trabalhador, seja sob a garantia de organização coletiva ou sindical. Por outro lado, em dezembro de 2020, o Conselho de Relações Exteriores da União Europeia regulamentou um regime de sanções contra violações globais de direitos humanos, entre as quais a escravidão,[612] com óbvias repercussões no campo trabalhista.

---

promover o diálogo social. 'O objetivo é estabelecer princípios e diretrizes mínimas para as relações de trabalho entre o banco e seus funcionários nos países onde ele atua, que são Chile, Colômbia, Uruguai, Paraguai e Argentina'." (CONTRAF-CUT e UNI Global Union assinam Acordo Marco com o Itaú. Disponível em: https://spbancarios.com.br/10/2018/contraf-cut-e-uni-global-union-assinam-acordo-marco-com-o-itau. São Paulo, 23 out. 2018. Acesso em: 09 nov. 2020).

[609] BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [*1906*], p. 57.

[610] "Como método jurídico só podemos admitir o que serve ao sentido de orientação dominante e reflete esta orientação, isto é, o aliado do sentimento de segurança que caracteriza o Direito e não os que, faltos deste elemento essencial, se apresentam ao serviço de orientação unilateral, ou arbitrária, ou que procuram reunir em si, como nos ecléticos, os termos contraditórios da segurança e do arbítrio" (CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970, p. 102).

[611] "The President may impose the sanctions described in subsection (b) with respect to any foreign person the President determines, based on credible evidence— (1) is responsible for extrajudicial killings, torture, or other gross violations of internationally recognized human rights committed against individuals in any foreign country who seek— (A) to expose illegal activity carried out by government officials; or (B) to obtain, exercise, defend, or promote internationally recognized human rights and freedoms, such as the freedoms of religion, expression, association, and assembly, and the rights to a fair trial and democratic elections" (...) Disponível em: https://www.govtrack.us/congress/bills/114/s284/text. Acesso em: 09 nov. 2020.

[612] EU adopts a global human rights sanctions regime. 07 dez. 2020. Disponível em: https://eeas.europa.eu/delegations/un-geneva_en/90019/EU. Acesso em: 08 dez. 2020.

Além dessas sanções executivas, há recentes experiências legislativas voltadas às cadeias produtivas.[613] Em 2015, o Modern Slavery Act do Reino Unido, contra a servidão e o trabalho escravo, forçado ou obrigatório, previu, em sua seção 54, a obrigação de as organizações comerciais monitorarem a possível ocorrência de escravidão e tráfico de pessoas em seus negócios e em suas cadeias produtivas.[614]

Em 2017, como reflexo do incêndio em Rana Plaza, a França adotou uma lei prevendo o dever de diligência para as companhias privadas francesas e terceiros, subcontratantes e fornecedores, no contexto das "supply chains" transnacionais. Apesar de o projeto original representar um avanço na previsão de responsabilidade jurídica, o Conselho Constitucional tirou da legislação seus aspectos sancionadores,[615] e um recentíssimo julgamento da Corte de Apelação de Versalhes, de 10 de dezembro de 2020, indicou que a competência para casos envolvendo a aplicação dessa lei era da jurisdição comercial francesa, e não da civil,[616] o que pode condicionar os vieses cognitivos dos julgadores na formação do primeiro precedente relevante sobre o tema.

Em sentido similar, em 2019, os Países Baixos passaram a exigir a devida diligência em cadeias produtivas, para o monitoramento de trabalho infantil, e, em novembro de 2020, um projeto de iniciativa popular, submetido ao referendo dos eleitores e dos cantões suíços, [617] pretendia modificar a Constituição helvética, para especificar a responsabilidade de empresas em cadeias produtivas. Embora essa emenda não tenha alcançado os votos populares necessários, o contraprojeto do Legislativo da Suíça, o qual entrará em vigor, prevê um dever

---

[613] Sobre o tema, cf. ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, v. 5, n. 1, p. 87-113, 2020, p. 103.

[614] REINO Unido. *Modern Slavery Act 2015*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54/enacted. Acesso em: 09 nov. 2020.

[615] ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, v. 5, n. 1, p. 87-113, 2020, p. 103.

[616] "According to our organisations, this decision is not only contrary to the jurisprudence of the Court of Cassation (French Supreme court), but also to the spirit of the duty of vigilance law and to the will of the legislators. The purpose of this law is to make companies liable for the impacts of their activities on third parties, such as employees of subsidiaries, suppliers and subcontractors, local communities and the environment. These are therefore external issues, of protection of human rights and the planet, which cannot be reduced to a purely commercial dispute relating to the company's internal management. Commercial courts are courts of limited jurisdiction, composed of judges elected by their peers, who are elected upon to handle commercial disputes because of their technical knowledge of the business world. According to civil society, this decision implies a major extension of the jurisdiction of these courts, potentially to any dispute involving a commercial company." (FRIENDS of the Earth. *French Court of Appeal remands case against Total over alleged failure to respect Duty of Vigilance law in Uganda to commercial court*. 10 dez. 2020. Disponível em: https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/french-court-of-appeal-remands-case-against-total-over-alleged-failure-to-respect-duty-of-vigilance-law-in-uganda-to-commercial-court/. Acesso em: 16 dez. 2020).

[617] RESPONSIBLE business initiative rejected at the ballot box. Disponível em: https://www.swissinfo.ch/eng/swiss-to-vote-on-holding-companies-accountable-for-supply-chain-abuses/46184500. Acesso em: 08 dez. 2020.

de informação quanto aos padrões de direitos humanos e um dever de diligência em relação ao trabalho infantil, não incluindo a responsabilidade jurídica.

Por fim, desde julho de 2020, a Alemanha tem discutido sua própria lei sobre cadeias produtivas, optando, de início, tanto pela exigência de devida diligência em matéria de direitos humanos quanto pela previsão de responsabilidade corporativa. Comentando as implicações para o DIP, Giesela Rühl reconhece que a única possibilidade de aplicação da lei alemã a situações plurilocalizadas seria se suas disposições fossem qualificadas como normas de aplicação imediata, e os atuais projetos de lei sobre "supply chains" preveem isso de forma expressa. Essa qualificação, contudo, somente poderia ser assegurada pelas Cortes alemãs, pois, de acordo com o Caso C-135/15, "Nikiforidis", do TJUE, os Estados não precisam aplicar, como direito, normas de aplicação imediata de outros Estados membros.[618]

Há, em suma, com a extraterritorialidade de parâmetros de direitos humanos – ainda que apenas alguns – e com o reconhecimento da responsabilidade jurídica das beneficiárias finais das cadeias produtivas – ainda que como dever de diligência –, a expansão das possibilidades de efetivação do direito do trabalho. Como as arbitragens envolvendo empresas e direitos humanos podem ser entre vítimas e empresas e entre empresas dentro da mesma cadeia produtiva,[619] o painel focado no trabalhador, retratado no mural de Diego Rivera exposto na Figura 1, passa a conviver com uma nova perspectiva, englobando todas as "supply chains", como em outro mural do pintor mexicano, trazido na Figura 5.

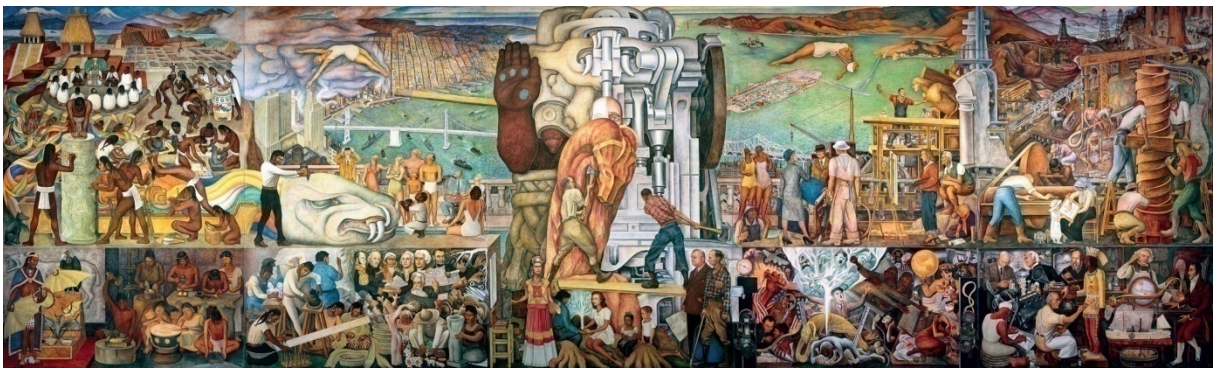

Figura 5 – RIVERA, Diego. *Unión de la Expresión Artistica del Norte y Sur de este Continente (Pan American Unity)*. 1940. 1 original de arte. Acervo do City College of San Francisco. Disponível em: https://riveramural.org/wp-content/uploads/2020/03/PanamericanUnity-scaled.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

[618] RÜHL, Giesela. Towards a German Supply Chain Act? Comments from a choice of law and a comparative perspective. *European Yearbook of International Economic Law*, 2021 [*no prelo*].
[619] YIANNIBAS, Katerina. The adaptability of international arbitration: reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 36, n. 3, p. 1-18, 2018, p. 10.

Cabe mencionar, ainda, um diálogo com o costume internacional: na decisão Nevsun Resources *v*. Araya, a Suprema Corte do Canadá entendeu, em fevereiro de 2020, que uma corporação pode ser responsabilizada, no país norte-americano, por violação ao direito internacional consuetudinário, cometida em outro país. O caso lidava com violações a direitos trabalhistas na cadeia produtiva da mineração, realizadas no território da Eritreia.

Esses dados jurídicos, aliados aos elementos transdisciplinares do subitem 5.2.1-A, fundamentam a percepção de que, na contemporânea rede de fornecimento transnacional de mão de obra, é possível a construção de um direito com racionalidade própria, sem descuidar de padrões bem estabelecidos em instrumentos normativos nacionais e interestatais – mas, ao mesmo tempo, sem depender do "arbítrio" dos Estados,[620] que ainda hesitam em reconhecer a responsabilidade jurídica. Assim como a arbitragem comercial se desenvolveu, em ordem autônoma, como o direito transnacional da comunidade de negócios internacionais, garantindo padrões de direitos humanos,[621] a arbitragem trabalhista poderá moldar um coerente direito transnacional do trabalho.

C) A proposta

O tópico 5.1 estabeleceu uma conclusão provisória: a fim de preservar a essência do direito internacional do trabalho, a arbitragem deveria caracterizar-se como desdobramento funcional em relação à OIT.

A afirmação, em verdade, limitava-se à *arbitragem normativa*, voltada à criação das condições de trabalho. A esta altura, pode-se aperfeiçoar a tese oferecida: a *arbitragem positiva* conectada com o Brasil, a qual resolve disputas sobre direito já previamente condicionado – e aplica formas de coercibilidade –, é um desdobramento funcional, mas não do direito *internacional* do trabalho, e sim do direito *transnacional* do trabalho. Com a inerente multiplicidade de "fontes", deverá haver uma construção progressiva e dialógica das

[620] "Mas, retrucarão, se os Estados têm de fornecer as suas leis e os seus tribunais para a função jurídica de que necessita a sociedade internacional, tudo afinal depende do arbítrio deles. Muito se ilude quem assim pensar. Por certo os Estados são soberanos e não podem ser externamente coagidos a aceitar as normas do direito internacional privado; mas, internamente, existe a pressão das necessidades geralmente sentidas, que atuam para a elaboração desse ramo do direito com força semelhante a que desenvolvem para a formação do direito nacional. São essas necessidades que conquistando a opinião, avassalando os espíritos tornam indispensáveis as reformas legislativas, quer se trate de assunto limitado aos interesses que não se estendem além das fronteiras do país, quer se trate de interesses de ordem internacional" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [*1906*], p. 69)

[621] TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 129-130.

"normas de aplicação imediata" do regime transnacional trabalhista, que paulatinamente revelaria sua própria imperatividade, elevando o nível de trabalho nas "supply chains".

Preserva-se, assim, a virtude operacional das "normas de aplicação imediata", transpondo esse conceito de direito intersistêmico para relações privadas. A aproximação dessa proposta com a "lex mercatoria" será objeto do item seguinte.

5.2.2 "Lex mercatoria, lex laboralis"

Especialmente no marco científico do século XIX, o direito internacional privado foi considerado, por extensa literatura, como um direito que se ocupa das repercussões das atividades legislativas *do Estado*.[622] Como já referido antes, mesmo os autores cosmopolitas reconhecem que há necessidade de deferência *do Estado* às situações regidas pelas leis dos *Estados* estrangeiros.

Há diversos pesquisadores que, percebendo, de um lado, a inevitabilidade do pluralismo jurídico e, de outro, a conveniência de se trabalhar a partir do legado tão rico do DIP, defendem a extensão do método desenvolvido a qualquer relação entre sistemas jurídicos; expressa ou implicitamente, propõem – em posição seguida pelo autor do presente trabalho, conforme exposto no tópico 4.2 – o estudo do DIP como um *direito intersistêmico*.

Já se verificam, embora sem referências recíprocas, contribuições que, usando o vocabulário ou a metodologia gestada por séculos de direito internacional privado, tentam aplicá-los ou replicá-los em novas construções intersistêmicas. Gustavo Monaco, por exemplo, sugeriu que hipotética Corte Constitucional Internacional exercerá método similar ao do DIP;[623] Jean Nicolau, por seu turno, divisando a existência de um direito internacional privado do esporte, transpôs-lhe categorias como nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro, intuindo uma nacionalidade desportiva distinta dos Estados de que os atletas, em rigor, são nacionais.[624] Enquanto Gunther Teubner e Marcelo Neves buscam estender os conceitos de Constituição, respectivamente, para regimes privados e para os diálogos entre

---

[622] "El Derecho Internacional Privado tiene que concibirse como el conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a varias legislaciones" (BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Proyecto de Codigo de Derecho Internacional Privado*. Havana: Imprenta El Siglo XX, 1925, p. 15-16). O tema foi tratado no subitem 3.2.2-D.

[623] MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de direito internacional público ou de direito internacional privado harmonizado? *Revista Internacional d'Humanitats*, v. 20, n. 41, p. 19-26, 2017.

[624] NICOLAU, Jean Eduardo Batista. *Direito internacional privado do esporte*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ordens estatais, supranacionais e privadas,[625] Horatia Muir-Watt destaca o padrão transdisciplinar de que depende o diálogo conceitual entre DIP e o constitucionalismo privado.[626]

Trata-se, em tantas contribuições recentes, de uma preocupação em atender às expectativas normativas de atores que não são representados nas categorias tradicionais do direito internacional – isto é, centradas no Estado. Enquanto, na Sociologia, Ulrich Beck propõe um "Estado cosmopolita", que promova a separação entre Estado e Nação e assegure tolerância constitucional entre diferentes identidades nacionais,[627] Paulo Borba Casella, refletindo sobre os caminhos do direito internacional público, defende precisamente a necessidade de, na pós-modernidade, dialogar com essas novas reivindicações.[628]

---

[625] TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[626] "Designing a bridge between transnational regimes and private international law is a particularly challenging exercise. The former is a highly sophisticated topic with evident transdisciplinary implications, while the latter requires a peculiar amount of explanation for those who are not familiar with its somewhat arcane and highly technical content. Moreover, the suggestion that a deeper reading of private international law's specific methodologies is possible and indeed necessary, is not widely shared within the discipline. However, the very existence of such difficultes is also precisely why the challenge is worth taking up. Thinking about private international law in terms of societal constitutionalism, and, reciprocally, viewing transnational regimes through the lens of interlegality, brings potentially important insights to both approaches. However, this warrants a detour by other, sometimes unlikely disciplines, theories or concepts. The avenues we have attempted to uncover, tentatively, in this contribution, owe much to ethics and French theory (on pluralism), to political philosophy and heterodox economics (on the distributional aspects of allocating jurisdiction), and to critical geography and anthropology (on complex time/space sequencing). For most lawyers, and particularly, perhaps, those of the private international variety, such explorations are not only confusing because unfamiliar, but they are `not law'. It is probable too that from the perspective of jurisprudence, political science or social theory, they are far too hybrid to make much sense. Both are probably right ± and indeed, that is what makes such research so interesting. Yet it is also quite clear that the analytical toolbox used by law, and probably by any of the more traditional social sciences, is inadequate on its own and in its traditional content, to provide a useful understanding of the emerging, complex lawscape that is becoming visible beyond the state. As Gunther Teubner has long pointed out, far from being unidirectional, organized, and hierarchical, it is pluralistic, full of tensions and colliding rationalities. A methodology for unknotting and accommodating conflicting policies, values, and trajectories that developed in the premodern era, would therefore seem full of promise for the era of the `post-'. On the condition, however, of accepting a necessarily experimental interdisciplinary digression!" (WATT, Horatia Muir. When Societal Constitutionalism Encounters Private International Law: Of Pluralism, Distribution, and "Chronotopes". *Journal of Law and Society*, v. 45, n. S1, p. S185-S203, jul./2018, p. S202-S203).

[627] BECK, Ulrich. The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, v. 18, n. 3/4, p. 143-159, 2005, p. 156.

[628] O direito internacional pós-moderno "será o conjunto de normas que conseguirá refletir essas mutações essenciais e adaptar-se a estas para responder às necessidades estatais e reclamos dos atores e agentes não estatais de modo válido e eficaz. Pode, todavia, não existir, mas nem por isso se faz menos necessário. Precisamos de direito internacional capaz de gerenciar as relações entre sujeitos de direito internacional, tanto os clássicos, tais como os estados e organizações internacionais, mas igualmente flexível, para abranger os demais, aos quais, todavia, por faltarem mecanismos para exprimirem suas vozes, estas nos chegam como clamor surdo dos protestos de rua, a cada reunião internacional, sem que se estabeleça diálogo válido e construtivo" (CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1347).

Nesse sentido, pensar as normas de aplicação imediata não como problema de um foro específico, mas de um sistema transnacional, é transpor um conceito gestado em décadas de reflexões doutrinárias sobre o direito intersistêmico para o recente debate sobre regimes transnacionais privados. Nesse ponto, a proposta se aproxima das correntes que intuem, na arbitragem comercial, uma "ordem pública verdadeiramente mundial", ou "ordem pública transnacional",[629] mas sua especificidade decorre dos critérios de seleção das normas e, em especial, da terminologia que ora se adota. A comparação é feita a seguir.

A) O caminho

Jacob Dolinger destaca[630] que, já em 1932, em curso na Haia, Niboyet tratou de uma "ordre public international, au sens strict du mot, c'est-à-dire celui des pays civilisés".[631] Embora Dolinger aí identifique o debate sobre ordem pública verdadeiramente internacional, tal referência foi realizada pelo professor francês no contexto de uma análise de casos da adjudicação interestatal, isto é, de Tribunais Arbitrais e da Corte Permanente de Justiça Internacional.

Eis um problema que se pode identificar na atual construção doutrinária da "ordem pública verdadeiramente internacional" na arbitragem comercial: não se podem confundir os precedentes gestados em arbitragens interestatais ou mesmo de investimentos,[632] as quais têm a pretensão de realizar um direito internacional em sentido estrito, e as construções teóricas e práticas dos Tribunais Arbitrais da "lex mercatoria", pois estes se referem a uma racionalidade distinta.

---

[629] Conforme mencionado no item 3.1.2, há, entre outras referências citadas ao longo deste tópico, BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005, item IV:B; DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014, item 31; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, § 1517; MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153; PATRÃO, Afonso. Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017 (...). *Cadernos de Direito Privado*, n. 62, p. 41-67, abr.-jun./2018, p. 55.

[630] DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 237-267, p. 241.

[631] NIBOYET, J.-P. Le rôle de la justice internationale en droit international privé: conflit des lois. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 40, p. 153-236, 1932, p. 178.

[632] Nesse sentido, Rodrigo Mendes cita caso de arbitragem investidor-Estado na construção da ordem pública transnacional; ainda que não baseado em tratados de investimentos, o julgado não envolve típicas partes de uma arbitragem comercial (MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 153).

Dolinger, de fato, faz uma diferenciação entre, de um lado, o consenso porventura encontrado na justaposição das ordens públicas de vários países e, de outro lado, a ordem pública verdadeiramente internacional, incluindo, no primeiro, a proibição do homicídio e, na segunda, a vedação ao genocídio, pois, enquanto homicídios específicos não perturbam a paz global, qualquer genocídio ameaça o equilíbrio mundial de poder. Desse modo, "a ordem pública mundial pode ser caracterizada como o interesse comum da Humanidade". [633]

Portanto, a fim de afastar o multívoco termo "ordem pública verdadeiramente internacional", caberia distinguir a "ordem pública mundial", relacionada ao direito interestatal, e a "ordem pública transnacional", que a doutrina da arbitragem comercial tem abordado desde, no mínimo, Berthold Goldman.[634]

Mas, ainda assim, persistiria uma imprecisão terminológica: como a arbitragem comercial não executa nem homologa suas próprias sentenças, mas as prepara para eventual homologação ou cumprimento em jurisdições nacionais, o uso do termo "ordem pública", nesses debates, é, para a presente tese, inadequado.

A ordem pública de DIP, além de se referir a um Estado ou, no mínimo, a uma conformação governamental – o que o adjetivo "público" jamais negará em língua portuguesa e nas outras flores do Lácio, e a tradução inglesa "public policy" deixa ainda mais visível –, depende da existência de um sistema estranho, estrangeiro, alienígena.[635] Quando se pensa na uniformização da "lex mercatoria", nas iniciativas do UNIDROIT ou na inerente necessidade

---

[633] DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 237-267, p. 243. Em sentido similar: "Such an international public policy is not identical to global constitutional law which advocates the application of constitutionalist principles to international society. Nor again is it the transposition of public law to the international sphere although it forms part of the content of both. The content of such an international public policy is as yet undetermined and has been left to be worked out in the practice of States and international organizations and in the jurisprudence of courts. But it contains certain norms which have vital functions in the system ranging from maintenance of international public order and the incorporation into law of a certain universal moral or ethical foundation to the very survival of our species; it goes under a variety of names beyond just *jus cogens* with its particular consequences of invalidation of contrary treaties and *erga omnes* obligations which operate within the law of claims, but reflecting a single umbrella concept – that of norms fundamental to the interests and values of the international community as a whole. In parallel with market ideology, promoting the private interest (or the 'public good' as economists and political scientists would have it). It is the international legal system's response to the move towards globalization of international society and to its current requirements for security, justice, and a minimal ethical core, as well as for sheer survival" (GOWLLAND-DEBBAS, Vera. An emerging international public policy? *In*: FASTENRATH, Ulrich; GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-Erasmus; PAULUS, Andreas; von SCHORLEMER, Sabine; VEDDER, Christoph (Ed.). *From bilateralism to community interest*: essays in honour of Judge Bruno Simma. Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 245).

[634] GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dan l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 109, p. 346-486, 1963, p. 437.

[635] "Se fosse válido enunciar pensamento utópico, diríamos que seria preferível não existir ordem pública, já que sua presença constitui obstáculo à aplicação do Direito alienígena, circunstância que afeta diretamente o objetivo do Direito Internacional Privado e a dinâmica das relações internacionais" (STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. *Revista dos Tribunais*, v. 606, p. 9-12, abr./1986).

de interpretação uniforme da CISG,[636] percebe-se um esforço de conferir ao direito do comércio internacional uma unidade de sentido, o que é compreensível, porque essencial a um sistema coerente. "Estrangeiro", no direito do comércio internacional, é o direito estatal; "alienígena", o direito que não foi produzido no contexto dos negócios – recorda-se, aqui, o incômodo sentido pelos comerciantes na Figura 2, no capítulo 1.

Na arbitragem, contudo, conforme exposto no item 3.1.2, o contato com o direito estrangeiro, se houver, ocorrerá *durante* o processo de adjudicação, especialmente porque, proferida a sentença, *encerra-se a jurisdição* do Tribunal Arbitral. Mais uma vez, não faz sentido pensar em "ordem pública" própria da arbitragem, se esta se manifesta, com força normativa, *após a sentença ser submetida ao Estado*. Por todos esses argumentos, reafirmar o uso do termo "normas de aplicação imediata", ao absorver os ensinamentos da arbitragem comercial sobre "ordem pública transnacional", é um caminho mais preciso.

Em suma, a ordem pública transnacional da arbitragem comercial parte do que os Estados têm em comum e, nesse repertório normativo, seleciona o que será conveniente para os negócios internacionais, em linha com a proposta funcional da "lex mercatoria".[637] O que aqui se propõe, para a arbitragem de direito do trabalho, é buscar os elementos e valores essenciais de seu próprio regime transnacional privado – no caso, o trabalhista, em sua possível diferenciação funcional como "lex laboralis".

B) A ponte

Cabe reafirmar, enfim, um diálogo transdisciplinar. Contemporaneamente aos primeiros debates sobre o novo direito social, o início do século XX discutia como seria a nova política, a nova ciência da natureza e a nova arte. Na confluência entre Física e Pintura, Kazimir Malevich pregava uma transposição para uma arte suprema, de que a Figura 6 – originalmente, um quadrilátero negro – revelou-se o maior exemplo.

---

[636] Eis o artigo 7º da CISG: "Artigo 7. (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado".

[637] MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 151. Como o próprio autor reconhece, a "ordem pública" da "lex mercatoria" é aquela que promove os interesses do comércio internacional (*Ibid.*, p. 162).

Figura 6 – MALEVICH, Kazimir. *Black Square*, 1915. 1 original de arte. Tretyakov Gallery, Moscou. Disponível em: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/dc/Kazimir_Malevich%2C_1915%2C_Black_Suprematic_Square%2C_oil_on_linen_canvas%2C_79.5_x_79.5_cm%2C_Tretyakov_Gallery%2C_Moscow.jpg. Acesso em: 01 jan. 2021.

"A superfície lisa representa volume, profundidade e perspectiva como um meio de definir o espaço; cada lado ou ponto representa uma das três dimensões, e o quarto lado representa a quarta dimensão, o tempo".[638] Essa articulação de tempo e espaço seria muito oportuna para uma explicação "translaborativa" do DIP, isto é, uma explicação de conceitos jurídicos a qual invocasse leituras de obras de arte, na denominação usada por Paresh Kathrani.[639]

---

[638] JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. *Iniciação à História da Arte* [*History of Art for Young People*]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 [*1987*], p. 374.

[639] "Important concepts such as 'foresight', 'reasonableness', and 'proximity' are often defined and looked at in and of themselves, without reference to the various colours or strata that may determine if such legal terms do or do not apply in a particular case. For this reason, when these legal terms are later applied to facts, or examined in essays, the analysis is often not as detailed or probing as it could be if there were an absorption in the wider vibrations, or interpretations, of those concepts. Silence sometimes abounds when there ought to be sound (...) [*T*]his paper furthers that the collaborative, intersemiotic translation of legal terms into particular types of images (specifically abstract art) could provide an effective means for analysing the many nuances of law, and the contextual and semantic strata of legal terms (KATHRANI, Paresh. *"Kandinsky-fying" the law*: a translaborative use of abstract art in the law classroom. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/f657/1b1125855671382815f6bc620dc19d08d14e.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020. P. 7 e 9).

Em verdade, quando o autor desta tese primeiro viu a obra indicada, em um livro impresso, tratava-se, de fato, de um quadrilátero inteiramente preto sobre um fundo branco; ao buscar, porém, na Internet, uma imagem que pudesse ser reproduzida no presente trabalho acadêmico, deparou-se com a Figura 6, fotografia de uma obra que, envelhecida por cerca de um século, agora apresentava, de modo involuntário, contornos aparentes de uma *esfinge*, vista de perfil, em contornos bidimensionais. A Figura 7 é uma entre tantas representações antigas da mitológica entidade.

Figura 7 – ESFINGE alada do Palácio de Dário em Susa, 510 a.C. 1 fotografia em domínio público. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/File:Sphinx_Darius_Louvre.jpg. Acesso em: 01 jan. 2021.

Se a obra de Malevich, abstrata que fosse, pretendia veicular a transformação por que passava o mundo no início do século XX,[640] as novas interpretações que oferece a Figura 6 fazem refletir em como as mudanças que se tentam imprimir à representação do direito das sociedades – e é a isso que se resume o trabalho do pesquisador das ciências jurídicas – podem passar da simplicidade à complexidade. Esta tese não buscou, portanto, oferecer um novo termo ou um novo método dentro do DIP, mas – a partir da inexatidão do direito estatal brasileiro do trabalho –, reduzir a complexidade do conceito de normas de aplicação imediata

[640] "Como o próprio universo, a superfície preta seria infinita se não fosse delimitada por uma fronteira exterior que é a borda branca e o formato da tela. O *Quadrilátero Preto* constitui, dessa forma, a primeira redefinição satisfatória, visual e conceitualmente, do tempo e do espaço na arte moderna. Como a fórmula de Einstein, $E = mc^2$, para a teoria da relatividade, que Malevich certamente conhecia, possui uma simplicidade elegante que desmente o intenso esforço exigido para sintetizar um conjunto complexo de ideias e reduzi-las a uma 'lei' fundamental" (JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. *Iniciação à História da Arte* [*History of Art for Young People*]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 [*1987*], p. 374).

de modo a permitir seu uso, em lugar da "misleading" *ordem pública*, para preocupações que, há cerca de uma década, eram aparentemente inexistentes, seja na literatura especializada, seja na prática: as relações entre os regimes trabalhistas que pretendem incidir sobre contratos submetidos à arbitragem transnacional.

A atenção às condutas criminalizadas universalmente e a inclusão dos "direitos humanos internacionalmente reconhecidos", de que fala a Convenção 169 da OIT, na técnica das normas de aplicação imediata do regime transnacional trabalhista não equivale tão somente a afirmar que as convenções têm aplicação imediata. De fato, se, por exemplo, a Convenção 138 estabelece a idade mínima de 18 anos para o trabalho, essa idade deve ser aplicada imediatamente ao mérito das arbitragens transnacionais, porque a possibilidade de redução da idade mínima, também prevista nesse tratado, *é específica para os Estados*.

Então, o regime transnacional trabalhista necessariamente teria padrões mais elevados? Sim, e há razões teóricas e práticas, para admiti-lo. Em primeiro lugar, o direito do trabalho, em diversos países, reconhece pactuações coletivas superiores ou inferiores aos padrões legislados; às vezes, sequer direito legislado há, de modo que se materializam, para setores econômicos distintos, condições de trabalho diferentes. No mesmo sentido, a opção pela arbitragem transnacional implicaria a incidência de normas de aplicação imediata distintas das nacionais. Do ponto de vista pragmático, assegurar que a solução privada de conflitos "plurilocalizados" tenha padrões iniciais, por vezes, superiores aos nacionais desestimularia o "dumping" social.

Nesse contexto, o árbitro trabalhista amenizaria seu raciocínio proléptico, ao aplicar normas que não poderiam ser obstadas em nenhum foro, porque necessariamente alinhadas aos mais elevados padrões trabalhistas; os custos do consequencialismo, assim, são reduzidos ou eliminados. Esse procedimento, a propósito, poderia ser incorporado às arbitragens realizadas segundo as regras comentadas no tópico 2.1, de modo que a referência a padrões internacionais e transnacionais fosse feita *antes* da indagação da lei escolhida às partes ou conectada ao conflito. Como o debate proposto é anterior ao método conflitual, a indagação de disposições mais ou menos protetivas só poderia ser feita, depois que o "mínimo" internacionalmente consagrado fosse assegurado.

Assim, cabe compreender as normas de aplicação imediata como *princípios e regras que um regime público ou privado, nacional ou transnacional, impõe a relações privadas, previamente à recepção de outro sistema jurídico*; alfim, cabe oferecer o resultado da pesquisa como contribuição a um possível desenvolvimento do regime transnacional privado do trabalho, distinguindo-se da "lex mercatoria", mas não lhe devendo técnica jurídica.

CONCLUSÃO

Esta tese alternou-se entre dois parâmetros analíticos: ao identificar as posições doutrinárias e jurisprudenciais prevalecentes, buscou a reconstrução de premissas a partir dos elementos que efetivamente se revelavam lógicos; ao propor novas perspectivas à inserção da arbitragem nas relações de trabalho, exigiu, de si própria, uma coerência metodológica que unisse dogmática e análise econômica do direito.

A partir do ceticismo lançado pela observação da escolha racional, no terceiro capítulo, e das limitações nos parâmetros da legislação nacional, no quarto capítulo, observou-se que, no direito brasileiro do trabalho, as normas de aplicação imediata devem ser consideradas: "os direitos humanos internacionalmente reconhecidos", segundo a lição da Convenção 169 da OIT; as que reconhecem a força normativa dos pactos coletivos, segundo a lição do PIDESC e do Protocolo de São Salvador; as que densificam mandados de criminalização do direito internacional público. Os demais problemas relacionados ao meio ambiente de trabalho, à LGPD e à proteção do trabalhador dependem de um exame comparativo, portanto devem ser relegados ao método conflitual, escapando à técnica das normas de aplicação imediata. Enquanto o quarto capítulo ofereceu uma contribuição original baseada no direito brasileiro, as conclusões do quinto capítulo podem integrar um primeiro esboço de contribuição a uma teoria da arbitragem trabalhista.

Naturalmente o sistema ora proposto para o direito brasileiro, no quarto capítulo, e para o direito internacional privado, no quinto capítulo, dependeria de Juízes e especialmente de árbitros. Na tentativa de encontrar as verdadeiras premissas da suposta indisponibilidade dos direitos trabalhistas, percebeu-se que o repertório doutrinário e jurisprudencial descortinado revelava uma preocupação com a inderrogabilidade de determinados preceitos. Analisada a "publicização" e o uso da "ordem pública", tratava-se, de fato, da expansão do Estado na regulação do trabalho, fazendo equivaler o contrato a um elemento de seu próprio interesse. Em rigor, porém, se direito internacional e direito interno servem à sociedade de indivíduos, a imperatividade de uma norma deve ser analisada em função dessa sociedade.

Embora já o Tratado de Versalhes consagrasse que o trabalho não deve ser considerado mercadoria, a proteção do trabalhador em face do empregador ficou aparentemente sujeita à capacidade econômica do Estado, que não é parte nessa relação jurídica nem produz a riqueza que dela emana. Em paradoxo, a nacionalização do trabalhador é a consequência das convenções que visavam a proteger a pessoa do trabalhador.

Poder-se-ia objetar ao que aqui se apresentou, sobre os tratados trabalhistas, e afirmar que a condescendência à legislação nacional são concessões inerentes ao processo de negociação de qualquer tratado, especialmente nas convenções mais antigas, quando a OIT precisava enfrentar argumentos econômicos de países que tomavam o primeiro contato com a industrialização. É o caso, por exemplo, da Convenção 29 da OIT, que, elaborada em 1930, autoriza o trabalho forçado em benefício do Estado. Tal objeção, todavia, apenas confirma que o método direto não tem logrado êxito, pois também ele permite o uso estratégico do direito do trabalho pelos Estados, em detrimento do trabalhador.

A análise econômica surgiu, assim, como demonstração da *ineficiência* – e não necessariamente da inutilidade – dos tratados de direitos humanos para a consecução dos direitos trabalhistas, de modo a ressaltar a impossibilidade teórica de as normas de aplicação imediata adotarem parâmetros da política econômica do foro. A tese beneficiou-se de análise econômica *positiva* do direito internacional, para ceder espaço a uma proposta que foi, em rigor, fundamentada na teoria do direito. A crítica foi feita aos Estados, porém a solução apresentada não se dirige ao direito internacional público, senão ao direito internacional privado, em benefício da realização do direito do trabalho sob os instrumentos da arbitragem.

Por esse motivo, aliás, não caberia, nos limites desta tese, uma análise econômica *normativa* do direito internacional privado, isto é, uma análise, com base na eficiência, das alternativas para regras de conexão e a sugestão de um critério específico. Como o problema da pesquisa eram as *normas de aplicação imediata* em um contexto de direitos humanos – isto é, de direitos trabalhistas –, a tese não se ocupou diretamente da *melhor regra conflitual hipotética*, mas examinou os elementos de conexão do direito brasileiro do trabalho, para compreender como o conceito nacional de normas de aplicação imediata seria coerente com o sistema de DIP deste país. Em suma, a análise econômica *normativa* da lei aplicável ao contrato de trabalho "plurilocalizado" é tarefa para futura e diversa pesquisa.

A inserção da análise econômica do direito, longe de mercantilizar o trabalhador, pode ser também instrumento útil de restabelecer o equilíbrio na relação de trabalho, assegurando à apreciação da situação do prestador de serviços elementos de reais efeitos práticos, relacionados ao comportamento dos agentes do mercado em que ele se insere, embora não se confunda com ele.

Poderia ser argumentado que, como a realização de direitos fundamentais depende de recursos escassos do Estado, a própria análise econômica do direito justificaria as concessões inerentes ao "desenvolvimento progressivo", que está presente especialmente nos dispositivos sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Essa objeção, contudo, só faria sentido, se o

Estado fosse o único responsável pela concretização do direito do trabalho. Conquanto a tese não se tenha ocupado de propor mudanças específicas na estrutura de incentivos do Estado, ela, no mínimo, defende a realização das garantias laborais *no ambiente da arbitragem*, isto é, em ambiente não-estatal.

Como se trata de meio propício à materialização desses direitos, caberia ao Estado coerentemente estabelecer pontes com a "lex laboralis", sem um exclusivismo metodológico na escolha do direito e sem predileção por um foro estatal. Um primeiro passo nessa cooperação, em verdade, não é apenas a deferência ao direito estrangeiro, mas principalmente uma amenização da ordem pública de DIP, ou seja, de modo que a apreciação das sentenças estrangeiras não se condicione por interesses do Estado brasileiro, e sim por interesses do trabalhador e do empregador como sujeitos de direitos transnacionais, assim inseridos em um regime transnacional privado, permitindo um diálogo "intersistêmico".

Como se demonstrou a genética diferenciada da arbitragem comercial, a tese revelou, em algumas passagens, reticências com a transposição da própria Lei Brasileira de Arbitragem às relações de trabalho. Em verdade, não se propôs, com esta pesquisa, criar uma lei específica para a adjudicação trabalhista privada, mas apenas novas perspectivas em um tema específico. A construção analógica, quando necessário, talvez seja a estratégia mais oportuna, a fim de aproveitar as repercussões, no direito estatal, dos instrumentos procedimentais da arbitragem comercial. Em rigor, preocupações com custos e com os vieses cognitivos dos árbitros, entre outras, podem ser amenizadas com regras procedimentais específicas, como as da Haia, ou com a indicação de Tribunais Arbitrais atentos às peculiaridades trabalhistas.

Por outro lado, defende-se um sistema que será progressivamente estruturado, de modo a reduzir contingências. O direito transnacional do trabalho, nesse sentido, não é um direito "pelo" Estado nem somente "fora" do Estado, mas um direito feito para o trabalho livre. Essa liberdade pode encontrar, na arbitragem, sua realização máxima, porque desvinculada das variações nacionais.

Embora o direito transnacional do trabalho esteja sendo construído por trabalhadores e empresas, com base em parâmetros consolidados pelos Estados, mas não se limitando a eles, caberá aos árbitros estabelecer as principais balizas de um futuro sistema, em um processo de adjudicação contínuo. É evidente que o caminho uniforme e baseado na "transculturalidade", no reconhecimento das novas formas de dependência e na responsabilidade das beneficiárias finais das cadeias produtivas *poderá não ser adotado*; é possível que, assim como ocorre com muitas contribuições teóricas em direito internacional privado, os adjudicadores acabem

seguindo o caminho menos técnico, mais fácil e, por vezes, mais nacionalista. Não reside aí, porém, o grande trunfo da arbitragem? Não estão os árbitros privados, porque desvinculados de um Estado permanente, muito mais interessados em assegurar a persistência e robustez técnica de um sistema que só existe, enquanto as partes confiarem suas disputas a Tribunais Arbitrais?

Se, de um lado, incumbe às partes escolher os árbitros e eliminar vieses cognitivos de seus adjudicadores, também competirá ao Judiciário ter deferência a ambas as escolhas e reconhecer – assim como fez com a arbitragem comercial – a conveniência de um projeto de arbitragem trabalhista. Dessa forma, uma decisão arbitral que concretizasse as normas de aplicação imediata do espaço transnacional trabalhista não poderia ser considerada afrontosa à ordem pública externa brasileira. Cabe aos árbitros assegurar a viabilidade desse caminho, propondo a construção progressiva de um sentido de juridicidade adequado ao trabalho humano, entre pluralismo e transnacionalidade.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. Justiça do trabalho: 75 anos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 83, n. 1, jan./mar. 2017.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ANDRADE, Vasco de. *Atos unilaterais no contrato de trabalho*. Contribuição do Departamento Estadual do Trabalho [Procuradoria do Trabalho] ao Congresso Jurídico Nacional. São Paulo, 1943.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*: o novo proletariado de serviços na era digital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARENDT, Hannah. *A condição humana* [*The Human Condition*]. Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008 [*1958*].

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo* [*The origins of totalitarianism*]. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989 [*1973*].

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ASSOCIAÇÃO Nacional dos Procuradores da República. *Ministérios Públicos e VW assinam TAC sobre repressão na ditadura*. 24 set. 2020. Disponível em: https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/24533-ministerios-publicos-e-vw-assinam-tac-sobre-repressao-na-ditadura. Acesso em: 09 nov. 2020.

BAPTISTA MACHADO, João. *Lições de direito internacional privado*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1982.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Homologação de laudos arbitrais estrangeiros no direito brasileiro. *In*: MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 85-100.

BARBOSA, Rui. *A questão social e política no Brasil*. Rio de Janeiro, 20 mar. 2019, p. 380. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a5.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

BARRACLOUGH, Andrew; WAINCYMER, Jeff. Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration. *Melbourne Journal of International Law*, v. 6, 2005.

BARRETTO PRADO, Roberto. *Curso de direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1991.

BARRETTO PRADO, Roberto. *Tratado de direito do trabalho*, volume I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. Ordem pública e tutela do emprego: as dispensas individuais no ordenamento brasileiro. Dispensa coletiva e por motivos censuráveis no ordenamento jurídico europeu. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 68, n. 3, p. 56-76, jul.-dez./2002.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*, v. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito internacional privado*, volume I: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos* [*Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*]. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007 [*id*.].

BEAUDONNET, Xavier (Org.). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Turim: Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo, 2010.

BECK, Ulrich. The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, v. 18, n. 3/4, p. 143-159, 2005.

BELMONTE, Alexandre Agra. Dosimetria do dano moral. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, nº 2, abr/jun 2013.

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições civis no direito do trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BERMAN, Harold J. *Law and revolution*: the formation of the Western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, [*1906*].

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1955.

BILCHITZ, David; DEVA, Surya (Org.). *Human rights obligations of business*: beyond the corporate responsibility to respect? Nova York: Cambridge University Press, 2013.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural* [*Locke e il diritto naturale*]. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1998 [*1997*].

BORRÁS, Alegría. Les ordres plurilegislatifs dans le droit international prive actuel. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 249, p. 145-368, 1994.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. *Reunião Ordinária n° 0316/17*. Comissão Especial – PL 6787/16 – Reforma Trabalhista. Brasília, 25 abr. 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/discursoDiretoCMO.asp?nuReuniao=0316/17. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. *Relação Anual de Informações Sociais – RAIS*. Ano-base 2019. Disponível em: http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Terceirizados e empregados de empresa pública com mesmas tarefas podem ter salários diferentes*. Brasília, 25 set. 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452400&ori=1. Acesso em: 09 nov. 2020.

BROUDE, Tomer. Behavioral International Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 163, p. 1099-1157, 2015.

BRUEGHEL, Jan; van BALEN, Hendrick. *Alegoria do Bem-Estar Público*. *Circa* início do século XVII. 1 original de arte. Disponível em: https://uploads5.wikiart.org/00289/images/jan-brueghel-the-elder/jan-brueghel-i-and-hendrick-van-balen-i-the-allegory-of-public-welfare.jpg!Large.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois en droit international privé. *Recueil des Cours*, v. 239, p. 9-116, 1993.

BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. *Proyecto de Codigo de Derecho Internacional Privado*. Havana: Imprenta El Siglo XX, 1925.

CALMON, Pedro. *História do Brasil*, volume VI: século XX – a República e o desenvolvimento nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.

CALVO GONZÁLEZ, José. *Direito curvo*. Trad. André Karam Trindade, Luis Rosenfield e Dino del Pino. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAMBODIA Joint Open Letter to Foreign Governments. Disponível em: https://www.hrw.org/news/2020/07/20/cambodia-joint-open-letter-foreign-governments. Acesso em: 09 nov. 2020.

CAMPOS, Carlos. *Hermenêutica tradicional e direito científico*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970.

CARMONA, Carlos Alberto; VIGORITI, Vicenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e a sua impugnação. *Revista de Processo*, vol. 91, p. 11-26, jul.-set./1998.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*: lezioni di diritto industriale. Milano: CEDAM, 1930.

CASELLA, Paulo Borba. Direito internacional nas Arcadas: a aula inaugural de 16 de fevereiro de 2009. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 931-966, jan./dez. 2009.

CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law. *European Journal of International Law*, v. 1, p. 210-231, 1990.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 2º volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*, 1º volume. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982.

CESARINO JR, A. F. *Direito social brasileiro*, vol. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

CLEAN Clothes Campaign; GLOBAL Labor Justice; INTERNATIONAL Labor Rights Forum; WORKER Rights Consortium. *Model Arbitration Clauses for the Resolution of Disputes Under Enforceable Brand Agreements*. 24 jun. 2020. Disponível em: https://laborrights.org/sites/default/files/docs/%20Model%20Arbitration%20Clauses%20for%20the%20Resolution%20of%20Disputes%20under%20Enforceable%20Brand%20Agreements.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito* [*The firm, the market, and the law*]. Trad. Heloísa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017 [*1988*].

COLLOR, Lindolfo. Manifesto da Aliança Liberal (20 abr. 1930). *In*: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. *Textos políticos da História do Brasil*, volume IV: Revolução de 30 e Governo Provisório. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

COMPA, Lance. Corporate social responsibility and workers' rights. *Comparative Labor Law and Policy Journal*, v. 30, n. 1, p. 1-10, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONTRAF-CUT e UNI Global Union assinam Acordo Marco com o Itaú. Disponível em: https://spbancarios.com.br/10/2018/contraf-cut-e-uni-global-union-assinam-acordo-marco-com-o-itau. São Paulo, 23 out. 2018. Acesso em: 09 nov. 2020.

CONVENTION Respecting the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts. A Haia, 18 out. 1907. Disponível em: https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0607.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *A inserção do contrato coletivo transnacional no plano supralegal da ordem jurídica brasileira*. 2013. 264p. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas)-Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

CORTE Permanente de Justiça Internacional. *Advisory Opinion n° 02* – Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture, p. 23 e 25, grifos no original. A Haia, 12 ago. 1922.

COSTA, Orlando Teixeira da. *O direito do trabalho na sociedade moderna*. São Paulo: LTr, 1998.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo* [*Les grands systèmes du droit contemporains (Droit Comparé)*]. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [*s.d.*].

DEBOURG, Claire. Normas imperativas e arbitragem internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, p. 287-310, jan.-mar./2014.

DESIERTO, Diane. Why Arbitrate Business and Human Rights Disputes? Public Consultation Period Open for the Draft Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 12 jul. 2019. Disponível em: https://www.ejiltalk.org/public-consultation-period-until-august-25-for-the-draft-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/. Acesso em: 09 nov. 2020.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. Marketing and selling transnational “judges” and global “experts”: building the credibility of (quasi)judicial regulation. *Socio-Economic Review*, v. 8, p. 113-130, 2010.

DILLER, Janelle M. Pluralism and Privatization in Transnational Labour Regulation: Experience of the International Labour Organization. *In*: BLACKETT, Adelle; TREBILCOCK, Anne. *Research Handbook on Transnational Labour Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 329-342. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2352039. Acesso em: 09 nov. 2020.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. 1979. 282p. Tese (Cátedra de Direito Internacional Privado)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1979, p. 40-41.

DOLINGER, Jacob. Arbitragem no direito judaico. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 335-354.

DOLINGER, Jacob. Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/Pós-positivismo. A visão judaica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 70, p. 24-90, jan.-mar./2010.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado – Do Princípio da Proximidade ao Futuro da Humanidade. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145-154.

DOLINGER, Jacob. Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no direito internacional privado. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito e amor e outros temas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 237-267.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DOOREY, David J. *Lost in Translation*: Rana Plaza, Loblaw, and the Disconnect Between Legal Formality and Corporate Social Responsibility. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3265826. Acesso em: 09 nov. 2020.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. Economic Analysis of International Law. *The Yale Journal of International Law*, v. 24, p. 1-59, 1999.

DUPUY, Pierre-Marie; PETERSMANN, Ernst-Ulrich; FRANCIONI, Francesco. *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

EBISUI, Minawa; COONEY, Sean; FENWICK, Colin. Resolving individual labour disputes: A general introduction. *In*: EBISUI, Minawa; COONEY, Sean; FENWICK, Colin (Ed.) *Resolving Individual Labour Disputes*: a comparative overview. Genebra: ILO, 2016.

EMPREGADA doméstica indígena é resgatada de trabalho escravo em São José dos Campos, SP. *G1 Vale do Paraíba e Região*, 04 set. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2019/09/04/empregada-domestica-indigena-e-resgatada-de-trabalho-escravo-sao-jose-dos-campos-sp.ghtml. Acesso em: 09 nov. 2020.

ESFINGE alada do Palácio de Dário em Susa, 510 a.C. 1 fotografia em domínio público. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/File:Sphinx_Darius_Louvre.jpg. Acesso em: 01 jan. 2021.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. 2: arts. 7 a 9. 3. ed. Atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

EU adopts a global human rights sanctions regime. 07 dez. 2020. Disponível em: https://eeas.europa.eu/delegations/un-geneva_en/90019/EU. Acesso em: 08 dez. 2020.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008 [*1957*].

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. A contribuição da OIT para o direito internacional privado do trabalho: conflitos de leis, qualificação e cooperação jurídica internacional. *In*: GOMES, Ana Virgínia Monteiro; FREITAS JR., Antonio Rodrigues de; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Org.). *O centenário da Organização Internacional do Trabalho no Brasil*. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 87-112.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. A posição processual do Estado na arbitragem de investimentos e na arbitragem tributária interna: um problema de legislação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 62, p. 115-130, 2019.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Arbitragem e direitos humanos em outro conto da Haia: os impactos das regras da Haia para arbitragem envolvendo empresas e direitos humanos. *JOTA*, São Paulo, 05 dez. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-direitos-humanos-em-outro-conto-da-haia-05122019. Acesso em: 09 nov. 2020.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Cidadania em Marte: a condição humana, o direito a ter direitos e a missão colonizadora Mars One. *In*: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito internacional em expansão*, vol. X. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 597-606.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Da transnacionalidade ao helvetismo: dadaísmo, ordem pública e regimes transnacionais privados. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, v. 7, p. 244-259, 2019.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo direito brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, p. 324-342, 2018.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon. *Privatização da guerra*: mercado e regulação de empresas militares privadas. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

FARIAS GUEDES, Henrique Lenon; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. A arte vai à Corte: o uso de arbitragem nas controvérsias jurídico-artísticas. *JOTA*, 13 jun. 2018. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/06/26/arte-vai-corte-o-uso-de-arbitragem-nas-controversias-juridico-artisticas/. Acesso em: 09 nov. 2020.

FASTENRATH, Ulrich; GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-Erasmus; PAULUS, Andreas; von SCHORLEMER, Sabine; VEDDER, Christoph (Ed.). *From bilateralism to community interest*: essays in honour of Judge Bruno Simma. Nova York: Oxford University Press, 2011.

FINKELSTEIN, Cláudio. Recent development of arbitration law in Brazil. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano CIII, v. 10, n. 125-130, jul.-dez./2017.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *O silêncio eloquente*: omissão do legislador e responsabilidade do Estado na Comunidade Europeia e no Mercosul. Coimbra: Almedina, 2008.

FRANCESCAKIS, Phocion. Lois d'application immédiate et droit du travail. *Revue critique de droit international privé*, v. 63, n. 1, p. 273-296, 1974.

FRIENDS of the Earth. *French Court of Appeal remands case against Total over alleged failure to respect Duty of Vigilance law in Uganda to commercial court*. 10 dez. 2020. Disponível em: https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/french-court-of-appeal-remands-case-against-total-over-alleged-failure-to-respect-duty-of-vigilance-law-in-uganda-to-commercial-court/. Acesso em: 16 dez. 2020.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAMA CERQUEIRA, João da. *Sistema de direito do trabalho*, vol. 1: noções fundamentais; o direito do trabalho e a questão social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961.

GAMA E SILVA, Luís Antônio da. *As qualificações em direito internacional privado*. 1952. 258p. Monografia (Cátedra de Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1952.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Ordem pública e direito do trabalho* [*Orden público y derecho del trabajo*]. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2003.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 312, p. 9-488, 2005.

GICO JR., Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan.-jun./2010.

GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dan l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 109, p. 346-486, 1963.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*: derecho de la tolerancia – basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1977.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The Limits of International Law*. New York: Oxford University Press, 2005.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

GOTTSCHALK, Egon Felix. *Norma pública e privada no direito do trabalho*: um ensaio sobre tendências e princípios fundamentais do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1944.

GOWLLAND-DEBBAS, Vera. An emerging international public policy? *In*: FASTENRATH, Ulrich; GEIGER, Rudolf; KHAN, Daniel-Erasmus; PAULUS, Andreas; von SCHORLEMER, Sabine; VEDDER, Christoph (Ed.). *From bilateralism to community interest*: essays in honour of Judge Bruno Simma. Nova York: Oxford University Press, 2011.

GUEDES, Henrique Lenon Farias, *v.* FARIAS GUEDES, Henrique Lenon

GUILLAUMÉ, Johanna. *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*. Paris : LGDJ, 2011.

HAN, Byung-Chul. *Hiperculturalidade*: cultura e globalização [*Hyperkulturalität*]. Trad. Gabriel Salvi Philipson. Petrópolis: Vozes, 2019 [*2005*].

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço* [*Müdigkeitsgesellschaft*]. 2. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017 [*2010*].

HANNUM, Hurst. The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, v. 25, p. 286-397, 1995/1996.

HAYMAN, Francis. *Lord Clive meeting with Mir Jafar after the Battle of Plassey*. *circa* 1760. 1 original de arte. Acervo da National Portrait Collection. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/File:Clive.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

HCCH. *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*. A Haia, 02 jul. 2019. Disponível em: https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137. Acesso em: 09 nov. 2020.

HCCH. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. The Hague, 2015. Disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=135. Acesso em: 09 nov. 2020.

HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções*: Europa 1789-1848 [*The Age of Revolution Europe 1789-1848*]. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira; Marcos Penchel. 21. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007 [*1962*].

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*: why liberty depends on taxes. Nova York: W. W. Norton & Company, 1999.

HORWITZ, Henry; OLDHAM, James. John Locke, Lord Mansfield, and Arbitration during the Eighteenth Century. *The Historical Journal*, v. 36, n. 1, mar./1993.

HUMAN Rights Watch. *Kazakhstan*: 2 Union Leaders Arrested. Disponível em: https://www.hrw.org/news/2017/01/27/kazakhstan-2-union-leaders-arrested. Acesso em: 09 nov. 2020.

HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem* [*Man's Worldly Goods*]. Trad. Waltensir Dutra. 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986 [*1936*].

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e* lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1994.

HUIZINGA, Johan. *O outono da Idade Média* [*Herfsttij der Middeleeuwen*]. Trad. Francis Petra Janssen. São Paulo: Cosac Naify, 2010 [*1919*].

HULSEBOSCH, Daniel J. From Imperial to International Law: protecting foreign expectations in the early United States. *UCLA Law Review*, v. 65, n. 4, p. 4-18, 2018.

HUMAN Rights at Sea. *Arbitration as a Means of Effective Remedy for Human Rights Abuses at Sea*. 23 mar. 2020. Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2020/03/20200324-

HRAS_ShearmanLLP_Arbitration_Human_Rights_White_Paper-UPDATED_20200505-ORIGINAL-SECURED.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

HUMAN Rights at Sea. *Who are we?* Disponível em: https://www.humanrightsatsea.org/who-are-we/. Acesso em: 09 nov. 2020.

ILO. NORMLEX – Information System on International Labour Standards. *Ratification by conventions*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12001:12238504050070::::P12001_INSTRUMENT_SORT:3. Acesso em: 09 nov. 2020.

ILO. NORMLEX – Information System on International Labour Standards. *Ratification by conventions*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312174:NO. Acesso em: 09 nov. 2020.

ILO. NORMLEX – Information System on International Labour Standards. *Ratification by conventions*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3174672:NO. Acesso em: 09 nov. 2020.

INDÚSTRIA Americana [*American Factory*]. Direção de Julia Reichert e Steven Bognar. Netflix, 2019. *Streaming*.

INTER-AMERICAN Juridical Committee. *Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts in the Americas*. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Commercial_Contracts_in_the_Americas.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

INTERNATIONAL Chamber of Commerce. *Belt and Road Dispute Resolution*. Disponível em: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/belt-road-dispute-resolution/. Acesso em: 09 nov. 2020.

INTERNATIONAL Labour Office. *Care work and care jobs for the future of decent work*. Genebra: ILO, 2018.

INTERNATIONAL Labour Organization. *Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond*: a practical guide. Genebra: International Labour Office, 2020.

JANSON, H. W.; JANSON, Anthony F. *Iniciação à História da Arte* [*History of Art for Young People*]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 [*1987*], p. 374.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 251, p. 9-267, 1995.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional* [*Transnational Law*]. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965 [*1956*].

JOUVENEL, Bertrand de. *O Poder*: História Natural de Seu Crescimento [*Du Pouvoir: Histoire naturelle de sa croissance*]. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Peixoto Neto, [*s.d.*] [*1972*].

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. São Paulo, 2000. Disponível em: http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/Insuficiencias_deficiencias_e_desatualizacao.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, fast and slow*. Nova York: Farrar Straus Giroux, 2013 [*2011*].

KATHRANI, Paresh. *"Kandinsky-fying" the law*: a translaborative use of abstract art in the law classroom. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/f657/1b1125855671382815f6bc620dc19d08d14e.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* [*Reine Rechtslehre*]. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 [*1985*].

KESHAVJEE, Mohamed. *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution*: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community. Nova York: I. B. Tauris, 2013.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain: Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 196, p. 9-238, 1987.

LEÃO XIII. *Rerum Novarum*. Disponível em: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 09 nov. 2020.

LIMA, Luís. Reforma trabalhista moderniza a lei e facilita criar empregos, mas deixa lacuna. *Época*, São Paulo, 26 abr. 2017. Disponível em: https://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/04/reforma-trabalhista-moderniza-lei-e-facilita-criar-empregos-mas-deixa-lacuna.html. Acesso em: 09 nov. 2020.

LOCATELLI, Piero. "Você nem parece gente": empregadora é investigada por manter doméstica filipina trancada por 8 meses, sem folga e sob ameaças. *Repórter Brasil*, 29 mai. 2020. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2020/05/voce-nem-parece-gente-empregadora-e-investigada-por-manter-domestica-filipina-trancada-por-8-meses-sem-folga-e-sob-ameacas/. Acesso em: 09 nov. 2020.

LUZZATTO, Riccardo. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States. *The Hague Academy Collected Courses*, A Haia, v. 157, p. 9-120, 1981.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, vol. II. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, vol. IV: direito tutelar do trabalho. São Paulo: LTr, 1987.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho*: parte geral. 4. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MAGEE, Bryan. *História da Filosofia* [*The Story of Philosophy*]. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2001 [*1998*].

MALEVICH, Kazimir. *Black Square*, 1915. 1 original de arte. Tretyakov Gallery, Moscou. Disponível em: https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/dc/Kazimir_Malevich%2C_1915%2C_Black_Suprematic_Square%2C_oil_on_linen_canvas%2C_79.5_x_79.5_cm%2C_Tretyakov_Gallery%2C_Moscow.jpg. Acesso em: 01 jan. 2021.

MALLET, Estêvão. Arbitragem em litígios trabalhistas individuais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 84, n. 2, p. 43-80, abr.-jun./2018.

MALLET, Estêvão. Os recursos de natureza ordinária e a ordem dos processos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil frente ao processo do trabalho. *In*: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão (Coord.). *Processo do trabalho*. Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2015, especialmente p. 572-584.

MALLET, Estêvão. Setenta anos depois, uma nova Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77, n. 3, p. 17-32, jul./set. 2011.

MANGE, Flávia Fóz. *Processo arbitral transnacional*: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem. 2012. 331p. Tese (Doutorado em Direito Internacional)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia* [*Principles of economics – 5th edition*]. Trad. Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2009 [*id.*].

MANNHEIM, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo* [*Diagnosis of our time: wartime essays of a sociologist*]. Trad. Octávio Alves Velho. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1967 [*1954*].

MANNRICH, Nelson. Fiscalização do trabalho em tempos de coronavírus. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord.). *O Direito do Trabalho na crise da COVID-19*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 757-769.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Confronto entre TST e STF – uma análise psicológica do direito. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 out. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/artigo-ives-gandra-filho1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Reflexões com vistas à modernização da legislação trabalhista por ocasião dos 75 anos da Justiça do Trabalho no Brasil. *In*: MENDES, Gilmar

Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Org.). *1º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Magister, 2017, p. 9-88.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Remuneração, salário e indenização. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 3, 1º semestre, p. 17-27, mar./1992.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem,* lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 19, p. 31-49, out.-dez./2008.

MENDONÇA, Salvador de. *A situação internacional do Brazil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1913.

MERCADANTE, Paulo. *A coerência das incertezas:* símbolos e mitos na fenomenologia histórica luso-brasileira. Lisboa: Fundação Lusíada, 2002.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. La teoría del desdoblamiento funcional en el derecho internacional privado. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 6, n. 1/2, p. 127-171, 1953.

MICHAELS, Ralf. Legal Medievalism in Lex Mercatoria Scholarship. *Texas Law Review*, v. 90, p. 259-268, 2012.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A quarta revolução*: a corrida global para reinventar o Estado [*The Fourth Revolution: The Global Race to Reinvent the State*]. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015 [*id.*].

MILANOVIC, Marko; PAPIC, Tajiana. The applicability of the ECHR in contested territories. *International & Comparative Law Quarterly*, v. 67, n. 4, p. 779-800, out./2018.

MISES, Ludwig von. *Ação humana*: um tratado de economia [*Human action: a treatise on economics*]. Trad. Donald Stewart Jr. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995 [*1966*].

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Conflitos de leis no espaço e lacunas (inter)sistêmicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como mecanismo de liberdade econômica. *In*: CARNEIRO DA CUNHA FILHO, Alexandre J.; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*, vol. 2: Lei n° 13.874, de 2019. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 248-256.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de direito internacional público ou de direito internacional privado harmonizado? *Revista Internacional d'Humanitats*, v. 20, n. 41, p. 19-26, 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de. *O problema do sindicato único no Brasil*: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

MORAES FILHO, Evaristo de. Tobias Barreto – pluralista do direito?! *In*:UNIVERSIDADE do Estado do Rio de Janeiro. *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro, 1977.

MORAES, Evaristo de. *Apontamentos de direito operário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1986 [*1971*].

MOSES, Margaret L. *The principles and practice of international commercial arbitration*. Nova York: Cambridge University Press, 2017.

MOURA RAMOS, Rui Manuel de. *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. O contrato individual de trabalho em direito internacional privado. *In*: MOURA RAMOS, Rui Manuel. *Estudos de direito internacional privado e de direito processual civil internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 127-166.

MOURA RAMOS, Rui Manuel. Panorama do direito internacional privado contemporâneo. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio (Coord.). *Novos caminhos do direito no século XXI*: direito internacional, filosofia jurídica e política, dogmática jurídica e direitos fundamentais; uma homenagem a Celso Lafer. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107-126.

MUNIZ, Petronio R. G. *Operação Arbiter*: a História da Lei n° 9.307/96 Sobre a Arbitragem Comercial no Brasil. Brasília: ITN, 2005.

MÜSSNICH, Francisco; ABBUD, André de A. Cavalcanti. Processos contra a Petrobras deverão usar a via arbitral. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 set. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-set-05/processos-petrobras-deverao-usar-via-arbitral. Acesso em: 09 nov. 2020.

NAÇÕES Unidas. Assembleia Geral. *Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nova York, 13 set. 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

NAÇÕES Unidas. *Reports of International Arbitral Awards*. Alabama claims of the United States of America against Great Britain Award rendered on 14 September 1872 by the tribunal of arbitration established by Article I of the Treaty of Washington of 8 May 1871. Genebra, 1872. Disponível em: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

NAÍM, Moisés. *The end of power*: from boardrooms to battlefields and churches to States, why being in charge isn't what it used to be. Nova York: Basic Books, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NEW York Arbitration Convention. *Contracting States*. Disponível em: http://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states. Acesso em: 09 nov. 2020.

NGUYEN, Terry. Your face mask — and your T-shirt — might have been made with Uighur forced labor. *Vox*, 17 ago. 2020. Disponível em: https://www.vox.com/the-goods/2020/8/17/21372466/uighur-forced-labor-supply-chain-masks-shirt. Acesso em: 09 nov. 2020.

NIBOYET, J.-P. Le rôle de la justice internationale en droit international privé: conflit des lois. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 40, p. 153-236, 1932.

NICOLAU, Jean Eduardo Batista. *Direito internacional privado do esporte*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

OCTÁVIO, Rodrigo. *Direito internacional privado*: parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

OIT. *Dix ans d'Organisation Internationale du Travail*. Genebra: Bureau International du Travail, 1931.

OIT. *Employment Relationship Recommendation, 2006 (nº. 198)*. Genebra, 15 jun. 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535. Acesso em: 09 nov. 2020.

OIT. *Resolution concerning the International Classification of Status in Employment (ICSE), adopted by the Fifteenth International Conference of Labour Statisticians*, p. 2. [*Genebra*], 15 jan. 1993. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087562.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

OIT. *The Sixth International Conference of Labour Statisticians* – Montreal, 4 to 12 August 1947, p. 13 Genebra: International Labour Office, 1948. Disponível em: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/ILO-SR/ILO-SR_NS7_engl_part.4.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

OLIVEIRA VIANA, Francisco José de. *Problemas de direito corporativo*. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

OLIVEIRA, Elsa Dias de. *Arbitragem voluntária*: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2020.

OLNEY, William. A race to the bottom? Employment protection and foreign direct investment. *Journal of International Economics*, v. 91, n. 2, p. 191-203, 2013.

PAIM, Antonio. *História do liberalismo brasileiro*. São Paulo: LVM, 2018.

PATRÃO, Afonso. Ordem pública internacional e arbitragens submetidas à lei portuguesa – Acórdão do STJ de 26.9.2017, Revista n° 1008/14.4YRLSB.L1.S1. *Cadernos de Direito Privado*, n. 62, p. 41-67, abr.-jun./2018.

PARK, William W. Por que os Tribunais revisam decisões arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 3, p. 161-176, set.-dez./2004.

PEIXOTO, Abdul Sayol de Sá. *Problemas de direito internacional privado*. Manaus: Edições Governo do Estado do Amazonas, 1966.

PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. Arbitragem no direito individual do trabalho: incompatibilidade presente. PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução dos conflitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2014.

PERMANENT Court of Arbitration. *Annual Report 2018*. A Haia, 2018.

PERMANENT Court of Arbitration. *Optional Rules for Arbitration ff Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*. A Haia, 2001. Disponível em: https://docs.pca-cpa.org/2015/11/Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-the-Environment-and_or-Natural-Resources1.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

PINTO, Almir Pazzianotto. *Breve História do Trabalho no Brasil*: da Colônia à Nova República. Curitiba: Genesis, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PISSARRA, Nuno Andrade. Normas de aplicação imediata e direito comunitário. *In*: PISSARRA, Nuno Andrade; CHABERT, Susana. *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 9-140.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*: conforme aux programme officiel des facultés de droit, tome 2ème. 9. ed. Paris: Librairie Génerale de Droit & de Jurisprudence, 1923.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de ciência positiva do direito*, tomo 3: investigação científica e política jurídica. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005 [*1972*].

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, parte especial, tomo XLVII. Direito das obrigações: contrato de locação de serviços, contrato de trabalho. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PRADO, Roberto Barretto. *Tratado de direito do trabalho*, volume I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

RADICATI DI BROZOLO, Luca G. Mondialisation, Juridiction, Arbitrage: Vers des Regles d'Application "Semi-Necessaire?" *Global Jurist Advances*, v. 2, n. 2, art. 5, 2002.

RALSTON, Jackson Harvey. *International Arbitration from Athens to Locarno*. Clark: The Lawbook Exchange Ltd, 2004.

RAMOS, Rui Manuel Moura, *v.* MOURA RAMOS, Rui Manuel

RAYNAUD, Barthélemy. *Droit international ouvrier*. Paris: Arthur Rousseau, 1906.

REINO Unido. *Modern Slavery Act 2015*. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54/enacted. Acesso em: 09 nov. 2020.

RÉPUBLIQUE Française. LOI n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne. *Légifrance*, 20 out. 2020. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054?r=4lHoOFGh7Y. Acesso em: 09 nov. 2020.

RESPONSIBLE business initiative rejected at the ballot box. Disponível em: https://www.swissinfo.ch/eng/swiss-to-vote-on-holding-companies-accountable-for-supply-chain-abuses/46184500. Acesso em: 08 dez. 2020.

RIBEIRO, Jorge Severiano. *Dos crimes e das infrações no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Revista do Trabalho, 1944.

RIGAUX, François. *A lei dos Juízes* [*La loi des juges*]. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [*1997*].

RIJKSMUSEUM. *The Sampling Officials of the Amsterdam Drapers' Guild, Known as "The Syndics"*. Disponível em: https://www.rijksmuseum.nl/en/collection/SK-C-6. Acesso em: 09 nov. 2020.

RIVERA, Diego. *The Making of a Fresco, Showing the Building of a City*. 1931. 1 original de arte. Acervo do San Francisco Art Institute (SFAI). Disponível em: https://uploads6.wikiart.org/images/diego-rivera/the-making-of-a-fresco-showing-the-building-of-a-city-1931.jpg!Large.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

RIVERA, Diego. *Unión de la Expresión Artistica del Norte y Sur de este Continente (Pan American Unity)*. 1940. 1 original de arte. Acervo do City College of San Francisco . Disponível em: https://riveramural.org/wp-content/uploads/2020/03/PanamericanUnity-scaled.jpg. Acesso em: 09 nov. 2020.

RIVERA, Diego; MARCH, Gladys. *My art, my life*: an autobiography. Nova York: Dover Publications, 1991 [*1960*].

ROBINS, Nick. *A corporação que mudou o mundo*: como a Companhia das Índias Orientais moldou a multinacional moderna [*The corporation that changed the world: how the East India Company shaped the modern multinational*]. Trad. Pedro Jorgensen. Rio de Janeiro: Difel, 2012 [*2006*].

ROCHA, Osíris. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

RODAS, João Grandino. *Direito internacional privado brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo*: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ROMITA, Arion Sayão. *O fascismo no direito do trabalho brasileiro*: influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

ROMITA, Arion Sayão. O poder normativo da justiça do trabalho: antinomias constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 67, n. 2, abr./jun. 2001.

RÖPKE, Wilhelm. Economic order and international law. *The Hague Academy Collected Courses*, v. 86, p. 203-273, 1954.

ROTHBARD, Murray N. *A Ética da Liberdade* [*The Ethics of Liberty*]. Trad. Fernando Fiori Chiocca. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010 [*1982*].

RUGGIE, John Gerard. Multinationals as global institution: power, authority and relative autonomy. *Regulation & Governance*, v. 12, n. 3, p. 317-333, set./2018.

RÜHL, Giesela. Towards a German Supply Chain Act? Comments from a choice of law and a comparative perspective. *European Yearbook of International Economic Law*, 2021 [*no prelo*].

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direito internacional privado do trabalho*: conflitos espaciais de leis trabalhistas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Estudos de direito do trabalho*. Porto Alegre: Sulina, 1953.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* [*System des Heutigen Römischen Rechts*], volume VIII. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004 [*1849*].

SCALERCIO, Márcio. *Oriente Médio*: uma análise reveladora sobre dois povos condenados a conviver. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SCELLE, Georges. *Le droit ouvrier*. 2. ed. Paris: Librairie Armand Colin, 1929.

SCELLE, Georges. *Précis élémentaire de législation industrielle*. Sirey, 1927.

SCELLE, Georges. Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international. *Recueil des Cours*, A Haia, v. 55, p. 87-199, 1936.

SCOTT, Robert L. Diego Rivera at Rockefeller center: Fresco painting and rhetoric. *Western Journal of Speech Communication*, v. 41, n. 2, p. 70-82, 1977.

SHEHATA, Ibrahim Mohamed Nour. Application of overriding mandatory rules in international commercial arbitration: an empirical analysis. *World Arbitration and Mediation Review*, v. 11, n. 4, p. 383-418, 2017.

SHIHATA, Ibrahim F.I. Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA. *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 1-15, 1986.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A arbitragem e o Ministério Público do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, n. 6, 2º semestre, p. 38-39, set./1993.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Um dia, talvez, haverá uma reforma trabalhista. *Revista dos Tribunais*, v. 1000, p. 493-514, fev./2019.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SINDICATO de Ladrões [*On the Waterfront*]. Direção de Elia Kazan. Columbia Pictures, 1954. 1 DVD.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações* [*The Wealth of Nations*]: edição condensada. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010 [*1776*].

SORTO, Fredys Orlando. O uso da força nas relações internacionais: da Paz Perpétua ao Terceiro Ausente. *In*: TOSI, Giuseppe (Org.). *Norberto Bobbio*: democracia, direitos humanos, guerra e paz, v. 2. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013, p. 335-361.

SOUTO, Cláudio. *Introdução crítica ao direito internacional privado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

STRAYER, Joseph R. *On the medieval origins of the modern state*. Princeton: Princeton University Press, 2005 [*1970*].

STRECK, Lenio Luiz. Giro ontológico-linguístico. *In*: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020, p. 123-126.

STRENGER, Irineu. Aplicação de normas de ordem pública nos laudos arbitrais. *Revista dos Tribunais*, v. 606, p. 9-12, abr./1986.

STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

STRENGER, Irineu. *Da autonomia da vontade em direito internacional privado*. 1967. 219p. Tese (Docência Livre em Direito Internacional Privado)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1967.

STRENGER, Irineu. Regime jurídico de relação empregatícia em direito internacional privado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 73, p. 27-35, mai.-jun./1988.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito [*Homo juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*]. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007 [*2005*].

SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia*: a justiça social diante do mercado total [*L'Esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*]. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014 [*2010*].

SUPIOT, Alain. Para além do emprego: os caminhos de uma verdadeira reforma do direito do trabalho. Trad. Lorena Vasconcelos Porto. *In*: ROCHA, Cláudio Janotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Coord.). *O direito e o processo do trabalho no século XXI*, vol. 1: direito internacional do trabalho. Belo Horizonte: Virtualis, 2019, p. 29-63.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*, volume I. 11. ed. São Paulo: LTr, 1999.

TAPIOLA, Kari. *The teeth of the ILO*: the impact of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. Genebra: ILO, 2018.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 735, p. 39-48, 1997.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*, vol. II. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*: societal constitutionalism and globalization. Trad. Gareth Norbury. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THALER, Richard H. *Misbehaving*. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019 [*2015*].

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. 2ª ed. Nova York: Penguin Books, 2009.

THE HAGUE Rules on Business and Human Rights Arbitration. Disponível em: https://www.cilc.nl/cms/wp-content/uploads/2019/12/The-Hague-Rules-on-Business-and-Human-Rights-Arbitration_CILC-digital-version.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

THE UIGHURS and the Chinese state: a long history of discord. *BBC News*, 20 jul. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/news/world-asia-china-22278037. Acesso em: 09 nov. 2020.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e ensaios do direito e economia*. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2019.

TOYNBEE. *A Humanidade e a Mãe-Terra*: uma História Narrativa do Mundo [*Mankind and Mother Earth: A Narrative History of the World*]. Trad. Helena Maria Camacho Martins Pereira, Alzira Soares da Rocha. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979 [*1976*].

TRANSITION to the RMG Sustainability Council (RSC). Disponível em: https://bangladeshaccord.org/updates/2020/06/01/transition-to-the-rmg-sustainability-council-rsc. Acesso em: 09 nov. 2020; RMG Sustainability Council. Disponível em: https://www.rsc-bd.org/. Acesso em: 09 nov. 2020.

UNIÃO Europeia. *Regulamento (CE) n° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*. Estrasburgo, 17 jun. 2008. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=pt. Acesso em: 09 nov. 2020.

VALLADÃO, Haroldo. Apêndice I – Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas. *In*: VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume III: parte especial (fim). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume I: introdução e parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*, volume III: parte especial (fim). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

van RIJN, Rembrandt. *The Sampling Officials of the Amsterdam Drapers' Guild, Known as "The Syndics".*1662. 1 original de arte. Acervo do Rijksmuseum. Disponível em: https://www.rijksmuseum.nl/en/collection/SK-C-6. Acesso em: 09 nov. 2020.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público, direito privado*: sob o prisma das relações jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WATT, Horatia Muir. When Societal Constitutionalism Encounters Private International Law: Of Pluralism, Distribution, and "Chronotopes". *Journal of Law and Society*, v. 45, n. S1, p. S185-S203, jul./2018.

WEBER, Max. O Estado nacional e a política econômica. *In*: COHN, Gabriel (Org.). *Weber*. Trad. Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, [*s.d.*].

WERNER, Jacques. Limits of Commercial Investor-State Arbitration: the Need for Appellate Review. *In*: DUPUY, Pierre-Marie; FRANCIONI, Francesco; PETERSMANN, Ernst-Ulrich (Ed.). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Nova York: Oxford University Press, 2009.

WHAT will be the new normal for offices? *The Economist*, 09 mai. 2020. Disponível em: https://www.economist.com/britain/2020/05/09/what-will-be-the-new-normal-for-offices. Acesso em: 09 nov. 2020.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do direito do trabalho e da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). *Revista Estudos Institucionais*, v. 3, n. 2, p. 892-921, 2017.

YIANNIBAS, Katerina. The adaptability of international arbitration: reforming the arbitration mechanism to provide effective remedy for business-related human rights abuses. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 36, n. 3, p. 1-18, 2018.

YIANNIBAS, Katerina; ROORDA, Lucas. Introduction. *In*: YIANNIBAS, Katerina; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José (Ed.). *Human Rights in Business*: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union. Abingdon: Routledge, 2017, p. 1-6.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier. El esquema estatal de fuentes del derecho laboral internacional. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 58, p. 71-100, 1980.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Gobernanza mundial y el binomio empresas-derechos humanos. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, v. 5, n. 1, p. 87-113, 2020.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier; MARULLO, Maria Chiara. El conflicto Rohingya y sus proyecciones jurídicas: aspectos destacados. *Ordine internazionale e diritti umani*, p. 461-484, 2020.